

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé



**Université Lille 2
Droit et Santé**

N° attribué par la bibliothèque

_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Geoffroy HILGER

Le 11 décembre 2014

L'enfant victime de sa famille

JURY

Directeurs de thèse :

Monsieur Frédéric ARCHER, Maître de conférences HDR à l'Université Lille 2 (co-directeur de thèse)

Monsieur Xavier LABBEE, Professeur à l'Université Lille 2 (directeur de thèse)

Membres du jury :

Monsieur Jean-René BINET, Professeur à l'Université de Rennes 1

Monsieur Jean HAUSER, Professeur émérite à l'Université Montesquieu-Bordeaux 4

Madame Claire NEIRINCK, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Monsieur Bruno PY, Professeur à l'Université de Lorraine

L'Université Lille 2 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je voudrais remercier mon directeur de thèse, Monsieur Xavier LABBEE, Professeur à l'Université Lille 2, qui a accepté de diriger mon mémoire de Master 2 recherche puis de diriger mes recherches en Doctorat. Le temps qu'il m'a accordé, ses conseils, son écoute, son suivi et ses relectures m'ont permis de réaliser ce travail.

Je remercie Monsieur Frédéric ARCHER, Maître de conférences HDR à l'Université Lille 2, qui a accepté de co-diriger mes recherches en Doctorat à l'issue de la soutenance de mon mémoire de Master 2 recherche. Sa rigueur, son suivi, ses conseils et ses relectures ont contribué à l'aboutissement de mes recherches.

Je remercie également l'équipe de la bibliothèque des enseignants, notamment Edith, pour ses encouragements lors de la réalisation de ce travail.

Je tiens à remercier ma mère et mes sœurs pour leur présence. Elles m'ont soutenu au cours de la rédaction de ma thèse, tant dans mes choix que dans les moments difficiles. A cet égard, je remercie particulièrement ma mère pour sa patience et le temps qu'elle a consacré à la relecture attentive de mon travail. Qu'elle trouve ici l'expression de ma gratitude.

Enfin, merci à Amel pour son écoute, son soutien, ses encouragements et ses précieux conseils lors de l'écriture de ma thèse. Ses remarques constructives et ses questionnements ont amplement participé à l'élaboration de ce travail. Qu'elle trouve en ces lignes la marque de ma profonde reconnaissance.

ABREVIATIONS

act. :	actualité
AED :	action éducative à domicile
AEMO :	action éducative en milieu ouvert
AESF :	accompagnement en économie sociale et familiale
aff. :	affaire
<i>AJ fam.</i> :	L'actualité juridique – Droit de la famille
<i>AJ pén.</i> :	L'actualité juridique – Droit pénal
<i>AJDA</i> :	L'actualité juridique – Droit administratif
al. :	alinéa
AMP :	assistance médicale à la procréation
anc. :	ancien
APCE :	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
arr. :	arrêté
art. :	article
ASE :	aide sociale à l'enfance
ass. :	assemblée
<i>BOMJ</i> :	Bulletin officiel du ministère de la justice
<i>Bull. ass. plén.</i> :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière
<i>Bull. ch. mixte</i> :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte
<i>Bull. civ. I, II</i> :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, première et deuxième chambres civiles
<i>Bull. crim.</i> :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. inf. C. cass.</i> :	Bulletin d'information de la Cour de cassation
c/ :	contre
C. act. soc. et fam. :	Code de l'action sociale et des familles
C. assises :	Cour d'assises
C. civ. :	Code civil
C. éduc. :	Code de l'éducation
C. org. jud. :	Code de l'organisation judiciaire
C. pén. :	Code pénal
C. pr. civ. :	Code de procédure civile
C. pr. pén. :	Code de procédure pénale
C. santé pub. :	Code de la santé publique
C. séc. soc. :	Code de la sécurité sociale
CA :	cour d'appel
CAA :	cour administrative d'appel
CADA :	Commission d'accès aux documents administratifs
Cass. :	Cour de cassation
Cass. ass. plén. :	Cour de cassation, assemblée plénière

Cass. ch. mixte :	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. civ. :	Cour de cassation, chambre civile
Cass. civ. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} :	Cour de cassation, (1 ^{ère} , 2 ^{ème}) chambre civile
Cass. crim. :	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req. :	Cour de cassation, chambre des requêtes
CE :	Conseil d'Etat
CECOS :	Centre d'Etude et de Conservation des Œufs et du Sperme humains
chron. :	chronique
CIDE :	Convention internationale des droits de l'enfant
circ. :	circulaire
CJUE :	Cour de Justice de l'Union européenne
coll. :	collection
comm. :	commentaire
Cons. const. :	Conseil constitutionnel
Constit. :	Constitution du 4 octobre 1958
<i>contra.</i> :	contraire (en sens –)
Conv. EDH :	Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Cour EDH :	Cour européenne des Droits de l'Homme
CNDA :	Cour nationale du droit d'asile
D. :	Décret
<i>D.</i> :	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i> :	Répertoire du Notariat Defrénois
<i>DH.</i> :	Recueil hebdomadaire Dalloz
<i>Doc. AN</i> :	Documentation de l'Assemblée nationale
<i>Doc. fr.</i> :	La documentation française
<i>Doc. Sénat</i> :	Documentation du Sénat
doctr. :	doctrine
<i>Dr. enf. fam.</i> :	Revue Droit de l'enfance et de la famille
<i>Dr. famille</i> :	Revue Droit de la famille
<i>Dr. pénal</i> :	Revue Droit pénal
<i>Droit et patrimoine</i> :	Revue Droit et patrimoine
<i>Droit et société</i> :	Revue Droit et société
éd. :	édition
<i>et al.</i> :	<i>et alii</i> (et les autres)
fasc. :	fascicule
<i>Gaz. pal.</i> :	Gazette du palais
GPA :	gestation pour autrui
gr. ch. :	grande chambre
IAD :	insémination artificielle avec donneur
<i>ibid.</i> :	<i>ibidem</i> (dans le même livre)
IGAS :	Inspection générale des affaires sociales
<i>in.</i> :	dans
<i>Infra.</i> :	plus bas

IR :	Informations rapides (recueil Dalloz)
<i>J.-Cl. Civil Code</i> :	Juris-classeur civil
<i>J.-Cl. Pénal Code</i> :	Juris-classeur pénal
<i>J.-Cl. Procédure civile</i> :	Juris-classeur procédure civile
JAF :	juge aux affaires familiales
JCP G. :	La semaine juridique (Juris-Classeur périodique), édition générale
JCP N. :	La semaine juridique (Juris-Classeur périodique), édition notariale
JDJ-RAJS :	Journal du droit des jeunes – Revue d’action juridique et sociale
JO :	Journal officiel de la République française
JO AN Q :	Journal officiel de l’Assemblée nationale (réponses ministérielles à questions écrites)
JO Sénat CR :	Journal officiel du Sénat (réponses ministérielles à questions écrites)
JO Sénat Q :	Journal officiel du Sénat (débat parlementaire et réponses ministérielles à questions orales)
JOUE :	Journal officiel de l’Union européenne
<i>Justice et Cassation</i> :	Revue Justice et Cassation
L. :	Loi
lég. :	législation
MIE :	mineur isolé étranger
MIVILUDES :	Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires
MJAGBF :	mesure judiciaire d’aide à la gestion du budget familial
mod. :	modifié
n° :	numéro
OAA :	organisme privé autorisé pour l’adoption
obs. :	observations
ODAS :	Observatoire national de l’action sociale décentralisée
ONED :	Observatoire national de l’enfance en danger
ONU :	Organisation des Nations Unies
<i>op. cit.</i> :	<i>opere citato</i> (dans l’ouvrage cité)
ord. :	ordonnance
p. :	page
PACS :	pacte civil solidarité
pan. :	panorama de jurisprudence
<i>Petites affiches</i> :	Les Petites affiches
PIDCP :	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PMA :	procréation médicalement assistée
PMI :	protection maternelle et infantile
<i>Procédures</i> :	Revue procédures
QPC :	question prioritaire de constitutionnalité
RDC :	Revue des contrats
RDP :	Revue du droit public
RDSS :	Revue de droit sanitaire et social

Rect. :	rectificatif
réf. :	référé
<i>Rép. civ. Dalloz</i> :	Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil
<i>Rép. pén. Dalloz</i> :	Encyclopédie Dalloz, Répertoire pénal
<i>Rép. pr. civ. Dalloz</i> :	Encyclopédie Dalloz, Répertoire procédure civile
req. :	requête
<i>Rev. dr. et santé</i> :	Revue du droit et de la santé
<i>Rev. pénit.</i> :	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RGDM</i> :	Revue général de droit médical
<i>RJPF</i> :	Revue juridique personnes et famille
<i>RLDC</i> :	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i> :	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RSA :	revenu de solidarité active
RSC :	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i> :	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDH</i> :	Revue trimestrielle des droits de l’Homme
s. :	suiwant(e)s
S. :	Recueil Sirey
s.-sect. réunies :	sous-sections réunies
sect. :	section
somm. :	sommaires commentés (recueil Dalloz)
spé. :	spécialement
ss. coord. :	sous la coordination de
ss. dir. :	sous la direction de
<i>Supra.</i> :	plus haut
T. confl. :	Tribunal des conflits
T. corr. :	tribunal correctionnel
T. pol. :	tribunal de police
TA :	tribunal administratif
TGI :	tribunal de grande instance
TI :	tribunal d’instance
TISF :	technicien de l’intervention sociale et familiale
V° :	<i>verbo</i> (au mot)
vol. :	volume
§ :	paragraphe

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1. LES FONDEMENTS DE LA NOTION D'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

TITRE 1. LA DETERMINATION DES CATEGORIES CLASSIQUES D'ENFANTS VICTIMES DE LEURS FAMILLES

CHAPITRE 1. L'ENFANT DELAISSE PAR SA FAMILLE

Section 1. Le désintérêt manifeste de la famille pour l'enfant

Section 2. Les mises en péril de l'enfant par sa famille

Conclusion du chapitre 2

CHAPITRE 2. L'ENFANT EN DANGER OU EN RISQUE DE DANGER DANS SA FAMILLE

Section 1. Le danger : une notion polysémique

Section 2. L'existence du danger ou du risque de danger

Conclusion du chapitre 2

CONCLUSION DU TITRE 1

TITRE 2. LE REGIME GENERAL DE PROTECTION DE L'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

CHAPITRE 1. L'ASSISTANCE DE LA FAMILLE

Section 1. L'assistance socio-administrative de la famille

Section 2. L'assistance judiciaire de la famille

Conclusion du chapitre 1

CHAPITRE 2. LA SUPPLEANCE DE LA FAMILLE

Section 1. L'exercice confisqué de l'autorité parentale

Section 2. L'exercice sanctionné de l'autorité parentale

Conclusion du chapitre 2

CONCLUSION DU TITRE 2

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

PARTIE 2. LE RENOUVELLEMENT DE LA NOTION D'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

TITRE 1. LA DETERMINATION DES CATEGORIES MODERNES D'ENFANTS VICTIMES DE LEURS FAMILLES

CHAPITRE 1. LE DESIR D'ENFANT

Section 1. La réalisation frauduleuse du désir d'enfant

Section 2. L'enfant non désiré par sa famille

Conclusion du chapitre 1

CHAPITRE 2. L'ENFANT OBJET SOCIAL

Section 1. L'enfant objet de possession

Section 2. L'enfant objet d'aliénation

Conclusion du chapitre 2

CONCLUSION DU TITRE 1

TITRE 2. LES REGIMES SPECIAUX DE PROTECTION DE L'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

CHAPITRE 1. LA REGULATION DU DESIR D'ENFANT

Section 1. La filiation de l'enfant conçu avec l'assistance d'un tiers

Section 2. L'accès aux origines de l'enfant non désiré par sa famille

Conclusion du chapitre 1

CHAPITRE 2. LE REFUS D'UNE REIFICATION SOCIALE DE L'ENFANT

Section 1. L'encadrement des volontés familiales sur l'enfant

Section 2. La protection du libre arbitre de l'enfant

Conclusion du chapitre 2

CONCLUSION DU TITRE 2

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

« *Les enfants n'ont ni passé ni avenir, et, ce qui ne nous arrive guère, ils jouissent du présent.* »

LA BRUYERE, *Les caractères*, XI, 51.

1. La place de l'enfant dans la société contemporaine. – L'enfant a acquis une place nouvelle dans la société contemporaine. Les médias lui consacrent de nombreux développements et la protection du mineur victime de sa famille est devenue une préoccupation majeure des pouvoirs publics. Cette protection de l'enfant au sein de la famille constitue une ligne directrice de l'évolution du droit de la famille¹. N'étant plus considéré comme un « *inachèvement* »², l'enfant est désormais au cœur de tous les discours, ce d'autant plus que le droit de la famille a acquis un caractère pédocentrique dont le phénomène, ancien, s'est accru depuis quelques années³. L'attention portée au mineur démontre que l'enfance est une période déterminante de la vie d'un être humain. Elle est le premier temps de la vie d'un sujet de droit durant lequel celui-ci construira sa personnalité. Elle constitue également un temps où l'enfant, naturellement fragile, sera influençable. L'enfance est donc une valeur précieuse. A ce titre, elle doit être protégée car « *de la bonne réussite de l'éducation d'un enfant dépend non seulement son avenir proche mais encore celui de toute la société où il s'insérera* »⁴. De ce point de vue, l'enfant est une condition de l'humanité et l'enfance une spécificité de la vie familiale. C'est au sein de la famille que l'enfant s'épanouira. Il y évoluera physiquement et intellectuellement dans les meilleures conditions possibles, loin de la violence et de la dureté de la société. Mais, « *porteur d'espoir républicain* »⁵, l'enfant aspire également à devenir un futur citoyen⁶.

¹ LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005, § 70.

² YOUNG (D.), *Penser les droits de l'enfant*, Paris : PUF, 2002, p. 10.

³ A propos du caractère pédocentrique du droit de la famille : LEMOULAND (J.-J.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2005, § 276. Voir également : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249 ; GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *Réinventer la famille ?*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 57 et s.

⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Les droits de l'enfant*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010, p. 4.

⁵ VASSEUR (P.), *Protection de l'enfance et cohésion sociale du IV^e au XX^e siècle*, Paris : L'Harmattan, 1999, p. 185.

⁶ BEIGNIER (B.), « La famille entre autorité parentale et autorité de l'Etat », *Dr. famille*, 2006, repère n° 2.

L'enfant est « *présent dans tous les moments de la vie sociale et familiale* »¹. La famille et la société sont intimement et mutuellement intéressées par son avenir surtout que la société dispose de moyens pour s'immiscer au cœur des foyers : obligation scolaire, prestations familiales, action sanitaire et sociale². Une attention commune et particulière est portée à l'éducation, à la santé, à la moralité, à l'intégrité physique et psychologique de l'enfant et à sa future insertion sociale. L'idée que l'enfance est une « *période particulière et spécifique de la vie* »³ est aujourd'hui établie, d'autant plus que l'enfant n'est plus perçu comme un adulte en réduction, un adulte miniature. Etre fragile et innocent, il demeure un être humain à part entière⁴, doué de la personnalité juridique. Pour autant, sa singularité ne lui ôte pas son absence d'autonomie, ses faiblesses, son insouciance et ses sentiments. Pour ces raisons, l'enfant fait l'objet d'une protection accrue. Son manque de maturité et sa vulnérabilité justifient que le droit régente sa vie patrimoniale et extrapatrimoniale, en ne lui accordant pas la plénitude de la capacité juridique. Ce défaut de capacité du mineur organise « *un écran [entre] l'enfant mineur et l'ensemble de ses droits subjectifs dans un but de protection de sa personne et de ses biens, contre les autres et contre lui-même* »⁵. Le statut conféré au mineur constitue le premier dispositif de protection de l'enfant⁶ par lequel sont organisées la gestion de ses biens, l'organisation de ses relations personnelles, sa responsabilité et la protection de sa personne. Il n'en a pas toujours été ainsi. Le père a d'abord eu tous les droits puis, en raison de l'intervention de l'Etat, l'enfant fut objet de protection. Il devint ensuite sujet de droit. C'est donc aujourd'hui un sujet de protection. Cette conception est assez récente⁷. Ce n'est qu'à partir des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles que l'enfant obtient une place essentielle dans la vie sociale⁸. Depuis, la violence familiale à son égard diminue, dans la mesure où elle est aujourd'hui davantage dénoncée et poursuivie. Elle demeure néanmoins dissimulée dans la grande majorité des cas, n'apparaissant publiquement que lors de faits divers. Aussi, l'enfant n'a pas toujours eu la même place dans la famille et la société. La protection qui lui est désormais accordée est le fruit d'une longue évolution historique.

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 3.

² En ce sens : CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., Paris : Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, p. 82.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *ibid.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 3.

⁴ RENUCCI (J.-F.), COURTIN (C.), *Le droit pénal des mineurs*, Que sais-je ?, 4^{ème} éd., Paris : PUF, 2001, p. 3.

⁵ GALLANT (E.), *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2004, § 1.

⁶ CONSEIL D'ETAT, *Statut et protection de l'enfant*, *Doc. fr.*, 1991, p. 13.

⁷ ROYAL (S.), *Les droits des enfants*, coll. A savoir, Paris : Dalloz, 2007, p. 1.

⁸ En ce sens : POUMAREDE (J.), « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

- L'EVOLUTION DE LA PROTECTION DE L'ENFANT

2. L'enfant de l'Antiquité romaine. – Pendant l'ancien droit romain, l'enfant est placé sous la puissance perpétuelle de son père : la *patria potestas*. C'est un incapable, d'autant plus qu'il n'est pas titulaire de ses droits¹. Le père, le *pater familias*, est le maître de la maison. Il peut accepter l'enfant ou le rejeter à sa naissance grâce au droit d'exposition. L'existence de l'enfant dépend de la seule volonté du *pater familias*². La naissance place l'enfant sous la puissance de son père qui a le pouvoir de le commander. Ce pouvoir, extrêmement fort, s'exprime dans toute son intensité par le droit de vie ou de mort, ou par la possibilité de vendre l'enfant. Désigné par le terme *infans*, « celui qui ne parle pas », l'enfant n'avait en définitive pas de droits. Un assouplissement de l'aspect personnel de la *patria potestas* s'est néanmoins opéré au cours de l'époque impériale³. L'objectif consistait à protéger la personne de l'enfant, notamment par la modération du droit de correction ou par l'interdiction pour le père de vendre son enfant, sauf pour le nouveau-né en cas d'extrême misère⁴, et de le tuer. En outre, l'exercice du pouvoir du père sur ses enfants n'est plus perpétuel et tend à cesser sous certaines conditions.

Une idée nouvelle, la *paterna pietas* ou piété paternelle, s'est développée pour équilibrer la *patria potestas*⁵. Pour le père, cette vertu romaine s'exprime par un profond sentiment de respect envers ses enfants et par une conscience aiguë de ses devoirs envers sa famille. Elle est donc censée guider le comportement du *pater familias* en lui imposant certains devoirs fondamentaux. L'enfant n'a toutefois pas de statut propre et l'indifférence à son égard se retrouve dans la théologie chrétienne de l'Antiquité tardive et au début du Moyen-âge. L'enfant y est perçu comme un symbole des forces du mal dont il faut redresser la nature corrompue. C'est un être imparfait coupable d'être né dans le péché originel selon Saint AUGUSTIN⁶.

3. L'enfant au Moyen-âge. – Au cours de la période médiévale, et bien qu'il semble moins absolu, le *mundium* germanique s'inscrit dans la continuité de la *patria potestas*⁷. Des droits étendus sont toujours accordés au père. Néanmoins, le *mundium* est temporaire et semble davantage tourné vers la protection de l'enfant. Le droit de correction subsiste, mais il est justifié

¹ LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, § 150.

² POUmarede (J.), précité, *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

³ LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : PUF, 1996, § 172.

⁴ LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *ibid.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, § 127.

⁵ ROUMY (F.), « Le lien parental : aspects historiques », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), [ss. dir.], *La contractualisation de la famille*, Paris : Economica, 2001, p. 39 ; LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *ibid.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, § 153.

⁶ SAINT AUGUSTIN, *Les confessions*, Paris : Flammarion, 2008, Livre 1^{er}, chapitre 7.

⁷ LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *ibid.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, § 154.

par la nécessité d'éduquer l'enfant. Il ne conduit d'ailleurs que très rarement à la mort de celui-ci. La puissance paternelle du droit français s'inspira à la fois du *mundium* et de la *patria potestas*. Dans les pays de coutume, la mainbournie, issue du *mundium*, met en place un devoir et un droit de correction qui se traduit principalement par des châtiments corporels limités. En cas de mort ou de blessures graves de l'enfant, les parents peuvent être appelés à répondre de leurs actes devant la justice¹. Conçue comme un moyen d'éducation, elle semble moins absolue que la puissance paternelle développée dans les pays de droit écrit. En effet, dans ces régions, la *patria potestas* s'exerce comme à la fin de l'Empire romain, mais son caractère n'est que temporaire. Cependant, dans les pays tant de coutume que de droit écrit, le droit de correction permet au père de faire incarcérer son enfant rebelle ou de l'expulser de sa maison. Les concepts d'enfant et d'enfance ne sont donc toujours pas connus au Moyen-âge, surtout que l'enfant est appréhendé comme un adulte en miniature. En outre, la forte mortalité infantile n'a pas permis de prendre en compte la spécificité de l'enfance. Une fois cette période franchie, l'enfant est toutefois intégré au monde des adultes où il accomplit les mêmes jeux et porte les mêmes vêtements que les adultes².

4. L'enfant de l'Ancien Régime. – L'époque moderne ne modifie pas sensiblement la situation de l'enfant. Les autorités publiques n'interviennent pas dans la vie familiale pour restreindre ou contrôler la toute-puissance de l'autorité paternelle. Au contraire, les pouvoirs du père sur la personne de l'enfant se sont accrus. La puissance paternelle a été maintenue et renforcée avec l'influence de l'absolutisme. La monarchie estime que la puissance paternelle est vitale pour la continuité d'une société hiérarchisée, dans laquelle obéir est la première des vertus³. L'édit royal de 1639 énonce ainsi que « *la révérence naturelle des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain* ». L'Etat s'est néanmoins orienté vers l'accueil des enfants abandonnés ou trouvés, car l'abandon des enfants est fréquent en raison des multiples naissances⁴. Il est dès lors possible de venir déposer anonymement les enfants dans les églises pour éviter l'infanticide⁵. La vie de ces enfants accueillis ne s'en trouve

¹ LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, Paris : PUF, 1996, § 201.

² Sur ce point : ARIES (P.), *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris : Seuil, 1973, p. 75 et 90.

³ BADINTER (E.), *L'Amour en plus. Histoire de l'Amour maternel, XVII^e-XX^e siècle*, coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 2001, p. 41 et s.

⁴ Un arrêt du Parlement de Paris de 1552 impose la prise en charge alimentaire des enfants pauvres trouvés et exposés à Paris ainsi qu'à payer un salaire à la femme qui en prend la charge (CORPART (I.), LOBE-FOUDA (M.), « L'histoire du droit des enfants. Une construction récente perfectible », in FRANÇOIS (E.), [ss. coord.], *Histoire du droit et de la Justice en France*, Issy-les-Moulineaux : Prat Editions, 2007, p. 373).

⁵ Un édit d'Henri II de 1556 punit de la peine de mort l'avortement et l'infanticide commis par la mère. Le texte l'oblige à déclarer sa grossesse et l'accouchement. Une présomption d'infanticide est créée si la mère n'a pas procédé à la déclaration en cas de décès du nouveau-né (LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, § 128 ; CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2006, § 186).

toutefois pas nécessairement améliorée. La plupart d'entre eux meurent dans les lieux d'accueil, faute de soin ou de nourriture. Malgré la création de l'œuvre des enfants trouvés par Saint VINCENT DE PAUL en 1638, le taux de mortalité des enfants abandonnés demeure important. Les enfants sont autant abandonnés que battus par leur père sous l'Ancien Régime. De moins en moins d'enfants sont allaités et ce désintérêt général conduit à une augmentation des infanticides. Ceux qui ont la chance de survivre doivent travailler. Concernant les classes aisées, les enfants sont enfermés au sein de couvents ou de pensionnats.

En définitive, « *l'enfant est une gêne* »¹. Il ne survit que grâce à sa force de travail et les violences ponctuent sa vie. L'enfant se trouve dans un réel état de soumission et en cas de désobéissance, de rébellion ou de désordre, le droit de correction est largement et arbitrairement employé². Le père de famille peut exhérer l'enfant et même le faire incarcérer discrétionnairement. L'utilisation des lettres de cachet est par ailleurs fréquente.

5. L'apport des Lumières. – La prise en compte de la spécificité de l'enfance commence à prendre forme avec les Lumières. Le pouvoir parental est toujours d'essence divine, mais il doit être limité et se fonder sur les besoins de l'enfant³. La fragilité de l'enfant, et non sa personnalité démoniaque, doit désormais guider l'action parentale. La famille jouit d'une fonction morale et spirituelle. Il faut préserver l'enfant en tant que futur homme. Une nouvelle conception voit alors le jour. Principalement décrite par ROUSSEAU, cette vision prend en compte la particularité intrinsèque de l'enfance⁴. Bien qu'elle ne soit suivie d'aucune conséquence sur le plan juridique, cette nouvelle représentation de l'enfance reçoit un accueil favorable auprès de l'aristocratie et de la bourgeoisie. L'enfant bénéficie d'un droit à l'instruction relatif et d'une certaine hygiène. Dans les milieux populaires, à l'inverse, le père demeure tout puissant et les enfants continuent à être exploités ou abandonnés. L'idée d'une enfance précieuse s'inscrit progressivement dans les esprits, mais l'enfant ne bénéficie encore ni de protection ni de droits reconnus⁵.

6. L'enfant de la Révolution. – Ce n'est qu'à partir de l'époque classique que la société commence à s'intéresser aux conditions de vie des plus misérables, et, par extension, à celles des

¹ CREOFF (M.), *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*, 2^{ème} éd., Paris : Dunod, 2006, p. 5.

² MONTAIGNE a d'ailleurs critiqué l'utilisation abusive du droit de correction (*Essais*, Paris : Flammarion, 2008, Livre 1, chapitre 26).

³ LOCKE (J.), *Traité du Gouvernement civil*, Paris : Flammarion, 2008, Chapitre 6.

⁴ ROUSSEAU (J.-J.), *Julie ou la nouvelle Héloïse*, [1761], Paris : Gallimard, 1967 ; ROUSSEAU (J.-J.), *Emile ou de l'éducation*, [1762], Paris : Flammarion, 2009.

⁵ ROYAL (S.), *op. cit.*, coll. A savoir, Paris : Dalloz, 2007, p. 7.

enfants¹. L'évolution, qui s'initie à partir de la Révolution de 1789, ne s'avère pourtant pas linéaire. Ainsi, les révolutionnaires n'ont laissé qu'une autorité résiduelle aux pères. Dès 1790, la puissance paternelle est limitée. Le droit de correction disparaît au profit des tribunaux de famille², dont la création illustre la volonté de préserver l'autonomie de la sphère familiale tout en maintenant un contrôle de l'exercice de l'autorité paternelle. L'enfant peut toujours être corrigé, mais la correction est effectuée par le biais de voies légales, sous l'autorité du père. Il pouvait même faire interner l'enfant si sa conduite donnait lieu à des sujets de mécontentement grave³. L'autorité perpétuelle du père est supprimée par une loi du 28 août 1792⁴. Elle ne s'étend qu'à la personne du mineur jusqu'à ses vingt et un ans⁵. Le sort des enfants abandonnés ou orphelins fait également l'objet d'une attention particulière. Le décret du 28 juin 1793 oblige la nation à se charger des enfants orphelins et organise la lutte contre l'abandon des enfants, en prévoyant que chaque district doit être doté d'un lieu où les femmes pouvaient accoucher secrètement. L'année 1793 marque également un changement sur le plan de l'instruction. La Constitution de l'an I de la République prévoit un enseignement gratuit et obligatoire. Néanmoins, « *malgré la multiplicité des projets et la richesse des idées véhiculées, aucune réforme importante ne vient modifier les droits des enfants* » au cours de cette période⁶. La Révolution traduit pourtant un tournant dans la prise de conscience de la particularité de l'enfance, ce d'autant plus que l'Etat n'hésite pas à s'immiscer dans les familles. Le Code civil de 1804 réagira face à ce mouvement libérateur pour assurer la paix des familles même si le XIX^{ème} siècle traduit une prise en compte manifeste de la spécificité de l'enfance.

7. L'enfant du Code civil de 1804. – Le Code napoléonien lie étroitement la famille et la société, puisque l'ordre familial permet d'assurer la stabilité de la société. En ce sens, l'article 371 du Code civil de 1804 prévoyait déjà que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ». La puissance paternelle est renforcée, mais elle ne joue que pendant la minorité⁷.

¹ En ce sens : ASSIER-ANDRIEU (L.), « Le contrat social de l'enfance. Sur les fondements anthropologiques de la condition mineure », *RTD civ.*, 2010, p. 705.

² La loi du 7 mars 1793 supprime également la possibilité de déshériter l'enfant.

³ Ces éléments ont été mis en place par la loi des 16 et 24 août 1790. L'abolition des lettres de cachet par une loi du 26 mars 1790 participe également à la prise en considération de la place de l'enfant dans la société. Néanmoins, la loi du 9 ventôse an IV aboutit à la suppression des tribunaux de famille en raison de l'atteinte portée à la puissance paternelle. Cette compétence est ainsi transférée aux juridictions ordinaires.

⁴ Il s'agit de l'application des idées développées par ROUSSEAU (*Du Contrat social ou Principes du droit politique*, [1762], Paris : Flammarion, 2008, Livre 1, chapitre 2, Des premières sociétés).

⁵ Loi du 20 septembre 1790.

⁶ CORPART (I.), LOBE-FOUDA (M.), précité, in FRANÇOIS (E.), [ss. coord.], *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux : Prat Editions, 2007, p. 373.

⁷ Dans le Code civil de 1804, l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372) et ne peut quitter la maison paternelle sans l'autorisation du père (art. 374).

L'enfant est en effet destiné à devenir un être libre. Le droit de correction est réaffirmé et le père peut toujours faire enfermer ses enfants¹. La puissance paternelle demeure donc absolue² même si la jurisprudence affirme son pouvoir modérateur pour en éviter les excès³. A l'inverse, le Code pénal de 1810 a tenté de limiter davantage la toute-puissance du père en condamnant l'infanticide par le biais de l'article 300. Le défaut de déclaration de l'enfant né et la non-remise du nouveau-né abandonné à l'officier de l'état civil ont également été condamnés. Le Code pénal de 1810 organise enfin, et de façon précise, les infractions relatives à l'abandon de l'enfant par les articles 349 à 353. En contrepartie, le système du « tour » est institué par un décret du 19 janvier 1811, afin que les mères puissent y déposer anonymement leurs enfants. Bien que les autorités publiques se préoccupent des enfants sans famille, il semblerait que les pouvoirs du père ne soient pas réellement contrôlés. La législation relative à l'enfance ne se développera qu'au cours de l'industrialisation de la France, celle-ci affectant profondément l'agriculture, l'économie, la politique, la société et l'environnement.

8. L'enfant de l'ère industrielle. – La révolution industrielle du XIX^{ème} siècle et l'extension du salariat provoquent une exploitation du travail des enfants et un éclatement de la cellule familiale⁴, dans une société où l'abandon de l'enfant est encore fréquent⁵. Sous la pression des philanthropes et des réformateurs sociaux, l'Etat intervient pour restreindre et contrôler la puissance paternelle. La loi du 22 mars 1841 limite le travail des enfants⁶. Ils ne peuvent travailler avant l'âge de huit ans et, entre huit et douze ans, ils doivent être scolarisés pour être admis au travail. Sur ce point, cette loi aura une efficacité limitée, étant donné que la moitié des villages ne

¹ Cette possibilité est prévue aux articles 375, 376 et 377 du Code civil de 1804.

² Par exemple, les parents avaient le droit de prendre connaissance, de retenir et de supprimer les lettres adressées à leur enfant mineur dans « *l'intérêt bien entendu* » de ce dernier (CA Caen, 11 juin 1866, S., 1867, II, 151).

³ Le 17 décembre 1819, la Cour de cassation a ainsi précisé que la puissance paternelle est un pouvoir mais aussi un devoir (Cass. crim., 17 décembre 1819, S., 1819-1821, chron., p. 152). Dans cette décision, elle a considéré que le droit de correction ne permettait pas les mauvais traitements qui pourraient mettre en péril la vie ou la santé de l'enfant (RAYMOND (G.), *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 387).

⁴ ROYAL (S.), *op. cit.*, coll. A savoir, Paris : Dalloz, 2007, p. 10.

⁵ Le système des « tours » est remplacé par l'admission à bureau ouvert avec la possibilité pour les mères de demander l'anonymat dès 1860. La loi du 5 mai 1869 crée le service des enfants assistés et la loi « Roussel » du 23 décembre 1874 organise la surveillance par l'autorité publique des enfants de moins de deux ans placés en nourrice.

⁶ Le temps de travail est limité à huit heures par jour pour les enfants de huit à douze ans. Au-delà, les mineurs pourront travailler douze heures. Le travail de nuit n'est possible qu'à compter de l'âge de treize ans. Au cours du XIX^{ème} siècle, d'autres lois sont venues limiter et encadrer le travail des enfants. La loi du 19 mai 1874 n'autorise les enfants à travailler qu'à partir de douze ans. La durée du temps de travail est réduite à six heures pour les enfants de douze ans et il passe à douze heures pour les enfants de treize à seize ans. De même, le travail de nuit est interdit pour les garçons jusqu'à seize ans et pour les filles jusqu'à vingt et un ans. En 1892, la loi du 2 novembre interdit le travail des enfants avant l'âge de treize ans. A partir de cet âge et jusque seize ans, le travail journalier est limité à dix heures, tandis que pour les enfants âgés de seize à dix-huit ans, il ne peut excéder onze heures dans une limite de soixante heures par semaine. Enfin, la loi des 30 et 31 mars 1900 limite le travail des enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans à onze heures par jour.

dispose pas d'une école¹. Le tournant décisif s'opère avec la loi du 28 mars 1882 organisant l'instruction primaire obligatoire pour tous les enfants âgés de six à treize ans et la lutte contre l'absentéisme scolaire. La puissance paternelle est considérablement réduite. Le père ne dispose plus librement de la force de travail de ses enfants, mais il jouit toujours d'un droit de correction.

Avec la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, la Cour de cassation a cherché à éviter les abus du droit de correction². Pour la Haute juridiction, la puissance paternelle n'est pas « *absolue et sans contrôle* »³. Les prérogatives du père ont été encadrées tandis que la loi du 24 juillet 1884 organise un contrôle des droits du père sur l'enfant par la déchéance de la puissance paternelle. La loi du 24 juillet 1889 relative à la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés institutionnalisera l'atteinte de l'Etat aux pouvoirs du père. L'organisation de la déchéance de la puissance paternelle pour les parents indignes constitue la clé de voûte de cette loi, d'autant plus qu'une immixtion dans la famille est légalement prévue. C'est une attaque de front à la puissance paternelle justifiée par la protection de l'enfant. Ce progrès est remarquable « *compte tenu de l'absolutisme de la puissance paternelle qui existait en 1804* »⁴. Il sera confirmé par la loi des 5 et 19 avril 1898 qui réprime les violences, les voies de fait, les actes de cruauté et les attentats commis sur les enfants. « *Une répression pénale spécifique des infractions commises contre les mineurs* »⁵ apparaît, puisque une peine particulière est prévue si l'infraction est commise par les père et mère. Dans ce cas, le juge peut confier le mineur victime à un parent, à une personne, à une institution charitable ou à l'Assistance publique. La lutte contre les maltraitances et les situations d'enfants victimes de leur famille s'amorce donc véritablement au XIX^{ème} siècle avec la prise de conscience du besoin de protéger l'enfant contre sa famille.

9. Le siècle de l'enfant. – L'étude de l'évolution de la protection de l'enfant semble montrer que le mineur est susceptible d'être victime de sa famille depuis toujours. Le XIX^{ème} siècle est un siècle charnière dans la prise en compte de l'enfant victime de sa famille et de la nécessité de le protéger. Il est alors possible d'affirmer que le droit premier de l'enfant est d'être

¹ Une loi du 28 juin 1833 impose pourtant aux communes l'ouverture d'une école.

² Cette jurisprudence, fondée sur l'intérêt de l'enfant et soutenue par DEMANTE et DEMOLOMBE (HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2012, § 70), a d'abord permis de contrôler l'exercice de la puissance paternelle, en s'attaquant notamment aux mères tutrices indignes (Cass. req., 15 mars 1864, S., 1864, I, 155), puis de soustraire l'enfant à la garde de ses parents en cas de mauvais traitement (Cass., 3 mars 1856) ou si l'intérêt de l'enfant était moralement ou matériellement en péril (Cass., 27 juillet 1879) (arrêts cités par LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, Paris : PUF, 1996, § 272).

³ Cass. civ., 8 juillet 1857, D., 1857, I, 275.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 31.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 31.

protégé. En ce sens, l'enfant est bien un sujet de protection¹. Un encadrement de la prise en charge des enfants s'est établi durant cette période. Désormais objet central d'une législation spécifique, l'enfant est protégé par le biais d'une aide et d'une action sociales efficaces. Celles-ci témoignent de la prise en compte des spécificités et de l'existence particulière de l'enfance. Une protection légale du mineur s'est donc instaurée et se poursuivra tout au long du XX^{ème} siècle, notamment par la création de la procédure d'assistance éducative² ou le renforcement des pouvoirs des Conseils généraux³ dans le cadre des politiques de protection de l'enfance⁴. Les droits de l'enfant ont par ailleurs été progressivement proclamés au cours de cette période, ce qui montre que la particularité de l'enfance s'est ancrée dans la société et dans le discours juridique.

10. La proclamation progressive des droits de l'enfant. – En 1924, la Société des Nations adopte la Déclaration de Genève relative aux besoins fondamentaux de l'enfant. Pour la première fois, un texte international reconnaît solennellement l'existence des droits de l'enfant et affirme la responsabilité des adultes à l'égard des mineurs. Les mutations du droit qui s'opèrent après la seconde guerre mondiale impliquent toutefois la modification du texte de 1924. La Déclaration des droits de l'enfant est donc adoptée le 20 novembre 1959. Elle approfondit les principes énoncés en 1924. Elle n'a cependant aucune valeur juridique contraignante. Ces deux déclarations démontrent la nécessité de créer une convention spécifique pour la protection des enfants. En effet, si l'enfant doit jouir des Droits de l'Homme garantis à chaque individu quel que soit son âge, il doit, en raison de sa situation spécifique, bénéficier de droits renforcés. Ces déclarations précisent ainsi que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a droit à une protection juridique particulière et à des soins appropriés⁵.

¹ THERY (I.), *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris : Odile Jacob, *Doc. fr.*, 1998, p. 162.

² Ord. n° 58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger, *JO*, 24 décembre 1958, p. 11770.

³ La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral (*JO*, 18 mai 2013, p. 8242) prévoit, en son article premier, que les mots « conseil général », « conseils généraux », « conseiller général » et « conseillers généraux » sont remplacés respectivement par les termes « conseil départemental », « conseils départementaux », « conseiller départemental » et « conseillers départementaux » dans l'ensemble de la législation, à compter du prochain renouvellement général des conseils départementaux prévu en mars 2015.

⁴ L. n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, *JO*, 23 juillet 1983, p. 2286 ; L. n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétence en matière d'aide sociale, *JO*, 8 janvier 1986, p. 372 ; L. 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 ; L. n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO*, 6 mars 2007, p. 4215.

⁵ Sur ce point : DELVOLE (P.), « La protection de l'enfant en droit public. Rapport français », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La protection de l'enfant (Journées Egyptiennes)*, Paris : Economica, 1981, p. 641.

L'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) le 20 novembre 1989 s'inscrit dans cette perspective. Signée le 26 janvier 1990 à New York, elle est entrée en vigueur le 6 septembre 1990¹ et insiste sur la nécessité de protéger le mineur dans des domaines particuliers tels que la santé, l'intégrité morale et physique, les conflits armés, le travail. A ce titre, les dispositions des articles 5, 7, 8, 18, 19, 20 et 21 de la CIDE reflètent la préoccupation des pouvoirs publics quant à la satisfaction des besoins fondamentaux de l'enfant. L'article 6 proclame le droit inhérent à la vie pour tout enfant, sachant que les Etats doivent assurer la survie et le développement de l'enfant dans la mesure du possible. Ils peuvent pour cela, d'après l'article 9, § 1, séparer l'enfant de la famille lorsque les parents le maltraitent ou le négligent. Les Etats doivent alors permettre à l'enfant de préserver des relations avec sa famille². Cette ingérence doit être organisée, puisque l'article 16 protège l'enfant contre des immixtions arbitraires et illégales dans sa famille. L'article 12 consacre, quant à lui, le droit du mineur à être entendu dans toutes les procédures le concernant, tandis que l'article 3, § 1 insiste sur le fait que l'intérêt de l'enfant est une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant. Enfin, la CIDE dispose d'une valeur juridique contraignante en raison de sa ratification par les Etats³, ce qui n'était pas le cas des Déclarations de 1924 et 1959.

Malgré les avancées apportées par la Convention de New York, la Cour de cassation a refusé toute applicabilité directe au texte le 10 mars 1993⁴. Elle a ensuite confirmé sa jurisprudence⁵. A l'inverse, le Conseil d'Etat adopta une position nuancée et plus souple. En effet, celui-ci a distingué les dispositions qui pouvaient ou non-recevoir un effet direct⁶. L'écart entre les deux Hautes juridictions françaises était donc important puisque la Cour de cassation s'opposait à l'application directe de l'ensemble des dispositions de la Convention, alors que le Conseil d'Etat admettait partiellement son invocation. La Cour de cassation a néanmoins opéré un important revirement de jurisprudence le 18 mai 2005, en admettant l'applicabilité directe de

¹ D. n° 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990, *JO*, 12 octobre 1990, p. 12363 ; L. n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, *JO*, 5 juillet 1990, p. 7856.

² Art. 9, § 2 CIDE.

³ MONEGER (F.), « Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant. Note sous Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993 », *RDSS*, 1993, p. 533.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 103.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *D.*, 1993, IR, p. 153 – Cass. civ. 1^{ère}, 15 juillet 1993, *JCP G.*, II, 22219, obs. BENHAMOU (Y.) – Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 1 – Cass. civ. 1^{ère}, 25 octobre 1995, *Bull. civ. I*, n° 253.

⁶ CE, 6^e et 2^e s.-sect. réunies, 30 juin 1993, *Caméara*, n° 136601 – CE, 2^e et 6^e s.-sect. réunies, 10 mars 1995, *Demirpence*, n° 141083 [applicabilité de l'article 16] – CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 3 juillet 1996, *Paturel*, n° 140872 [refus d'appliquer les articles 12 et 14] – CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n° 163043 [refus d'appliquer les articles 24, § 1, 26, § 1, 27, § 1] – CE, 2^e et 6^e s.-sect. réunies, 22 septembre 1997, *Cinar*, n° 161364 [applicabilité de l'article 3, §1] – CE, 2^e et 6^e s.-sect. réunies, 29 septembre 1997, *M. et Mme Soba*, n° 170098, n° 173011, n° 173012 [refus d'appliquer les articles 6 et 28].

certaines dispositions de la Convention de New York¹. Cette solution a été reprise et confirmée par la suite² par la Haute cour, tandis que le Conseil d'Etat a maintenu et étendu sa conception de la Convention³. L'influence de la CIDE à travers son applicabilité directe sur la jurisprudence française est aujourd'hui évidente⁴, ce d'autant plus que les deux Hautes juridictions la mettent en œuvre de concert, en reconnaissant régulièrement l'applicabilité directe de certaines de ses dispositions⁵. Cette influence n'est pas limitée à la jurisprudence. Elle se retrouve dans notre législation, en particulier avec l'article 388-1 du Code civil relatif à l'audition du mineur. Cette innovation, issue de la loi du 8 janvier 1993⁶, a été modifiée par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007⁷. L'emprise de la Convention se rencontre également dans d'autres textes de droit interne. Par exemple, l'article 144 du Code civil, modifié par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006⁸, élève l'âge légal du mariage des jeunes filles à dix-huit ans afin de lutter contre les unions forcées.

Le Conseil de l'Europe s'est également préoccupé « *de la place accordée aux enfants par de nombreux textes* »⁹. L'organe européen a adopté la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant le 25 janvier 1996. Ce texte consacre les droits procéduraux du mineur et son préambule affirme que les droits et intérêts supérieurs de l'enfant doivent être promus. Les enfants doivent donc avoir la possibilité d'exercer des droits, notamment dans toutes les procédures familiales le concernant. Cette convention a été signée par la France le 4 juin 1996 mais n'a été ratifiée qu'en 2007¹⁰. Cette approbation tardive s'expliquait par le décalage existant

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 156, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *RTD civ.*, 2005, p. 583 et 585, obs. HAUSER (J.).

² Cass. civ. 1^{ère}., 8 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 404 – Cass. civ. 1^{ère}., 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 434 – Cass. civ. 1^{ère}., 7 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 195 – Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 103 – Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, n° 06-12.655 – Cass. civ. 1^{ère}., 22 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 199 – Cass. civ. 1^{ère}., 19 novembre 2009, n° 09-68.179 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 2010, *Bull. civ. I*, n° 3 – Cass. civ. 1^{ère}., 17 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 64 – Cass. civ. 1^{ère}., 15 décembre 2010, *Bull. civ. I*, n° 265 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70, 71 et 72 (3 arrêts).

³ CE, 1^{ère} et 6^e s.-sect. réunies, 7 juin 2006, *Association Aides et autres*, n° 285576 – CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 27 juin 2008, *Mme Etarh*, n° 291561.

⁴ La Convention de New York sert également de guide à la Cour européenne des Droits de l'Homme notamment à propos du maintien des liens parents enfants (Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, req. n° 16969/90, § 50), de l'interdiction des maltraitances à enfant (Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, req. n° 13134/87, § 27 et 35 – Cour EDH, 23 septembre 1998, *A. c/ Royaume-Uni*, req. n° 25599/94, § 22) ou encore de l'intérêt de l'enfant (Cour EDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, req. n° 13178/03, § 83 – Cour EDH, 6 décembre 2007, *Mamousseau et Washington c/ France*, req. n° 39388/05, § 66).

⁵ GOUTTENOIRE (A.), « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 17.

⁶ L. 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.

⁷ L. n° 2007-293 précitée.

⁸ L. 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, p. 5097.

⁹ BIGOT (J.), « Les droits de l'enfant : la vision du Conseil de l'Europe », *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 21.

¹⁰ D. n° 2008-36 du 10 janvier 2008 portant publication de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, *JO*, 12 janvier 2008, p. 674 ; L. n° 2007-1155 du 1^{er} août 2007

entre notre droit et ces dispositions jusqu'à la loi du 5 mars 2007¹, notamment s'agissant des conditions de l'audition du mineur.

Une Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels en date du 25 octobre 2007² a également été adoptée en raison du « *développement dramatique en quelques années des abus sexuels concernant les enfants, tant sur le plan national que sur le plan international* »³. Entré en vigueur le 1^{er} juillet 2010, ce texte a été ratifié par la France le 27 octobre 2011⁴. Outre son aspect coopératif, cette Convention a pour objet l'incrimination des abus sexuels commis contre les enfants « *en faisant usage de la contrainte, de la force, ou de menaces ; ou en abusant d'une position reconnue de confiance, d'autorité ou d'influence sur l'enfant, y compris au sein de la famille* »⁵. Elle tend à prévenir la commission des infractions sexuelles à l'encontre des mineurs et à protéger ceux qui en sont victimes, tout en poursuivant les auteurs, notamment grâce à une procédure de signalement des soupçons d'exploitation ou d'abus sexuels⁶. La priorité semble donc accordée aux enfants victimes et à leurs paroles⁷. A cet égard, « *le développement d'un véritable droit de l'enfant, allant dans le sens de la reconnaissance d'une plus grande autonomie, de la prise en compte de la volonté de l'enfant et de la nécessité de l'associer aux décisions le concernant a naturellement laissé une place au mineur victime dans le débat judiciaire* »⁸. Autrement dit, il importe de reconnaître à l'enfant qui souffre d'un préjudice un statut de victime, y compris si le fait dommageable a été commis par un membre de la famille. Mais pour comprendre la notion d'enfant victime de sa famille, encore faut-il se pencher, dans un premier temps, sur la notion même d'enfant, qui fait l'objet d'une certaine polysémie, pour ensuite s'interroger sur ce qu'est une victime au sens propre du terme⁹.

autorisant l'approbation de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, *JO*, 2 août 2007, p. 12986.

¹ L. n° 2007-293 précitée.

² Sur ce point, l'Union Européenne conduit une politique similaire au Conseil de l'Europe. Elle a adopté une directive en ce sens (Directive n° 2011/92/UE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre n° 2004/68/JAI du Conseil, *JOUE*, n° L 335, 17 décembre 2011, p. 1-14). Certains éléments de la directive ont été transposés dans le Code pénal en 2013 (L. n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JO*, 6 août 2013, p. 13338, art. 5 et 6).

³ PRADEL (J.), CORSTENS (G.), VERMEULEN (G.), *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2009, § 247.

⁴ D. n° 2011-1385 du 27 octobre 2011 portant publication de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (ensemble une déclaration et une réserve), signée à Lanzarote le 25 octobre 2007, *JO*, 29 octobre 2011, p. 18251 ; L. n° 2010-608 du 7 juin 2010 autorisant la ratification de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, *JO*, 8 juin 2010, p. 10482.

⁵ Art. 18, § 1, b.

⁶ Art. 12 Conv. sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels.

⁷ BIGOT (J.), précité, *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 21.

⁸ GARDE-LEBRETON (S.), « La représentation de l'enfant victime », *Dr. famille*, 2006, étude n° 33.

⁹ En ce sens : IZORCHE (M.), *Le raisonnement juridique*, 1^{ère} éd., coll. Thémis, Paris : PUF, 2001, p. 378.

- DEFINITIONS DES TERMES DU SUJET

11. Enfant, enfance, mineur, minorité. – Le terme « enfant » est polysémique, que ce soit dans le langage courant ou dans le langage juridique¹. Le doyen CARBONNIER a par ailleurs souligné « *l'ambiguïté de l'enfant dans notre langue : l'enfant par l'âge et l'enfant de quelqu'un, non sans influence réciproque* »². Etymologiquement, le mot « enfant » provient du latin *infans*, c'est-à-dire celui « qui ne parle pas ». Selon l'usage linguistique courant, l'enfant est « *un individu de l'espèce humaine qui est dans l'âge de l'enfance* »³. Le terme « enfance », du latin *infantia*, a une double acception. Il coïncide avec la première « *période de la vie humaine qui s'étend depuis la naissance jusque vers la septième année, et, dans le langage général, un peu au-delà, jusqu'à treize ou quatorze ans* »⁴, soit le temps qui implique vulnérabilité et dépendance. L'enfant serait donc toute personne, de la naissance à l'adolescence. Ce mot désigne également l'ensemble des enfants, la jeunesse. Il jouit dès lors une valeur collective. L'enfant peut aussi se définir comme le « *mineur* »⁵, soit celui qui n'a pas encore atteint l'âge de la majorité légale⁶. L'enfance correspond alors à la minorité comprise comme la « *période de la vie humaine s'étendant de la naissance à la majorité* »⁷.

Le mineur et la minorité sont des notions juridiques, objectives et univoques déterminant l'individu qui n'a pas encore atteint la pleine capacité pour accomplir tous les actes de la vie sociale et juridique. Subjectivement, cela renvoie simplement à l'enfant et à l'enfance. Aussi, l'enfant est tout individu se trouvant dans la première période de la vie allant de la naissance à l'adolescence, soit l'enfance. Cette dernière est une notion de fait qui présente une dimension affective absente de la minorité, notion légale, qui offre au mineur un statut particulier pour le protéger⁸. Ce statut ne s'arrête pas à l'enfance. Elle regroupe la période de l'adolescence. Pourtant, ce statut protecteur n'empêche pas l'enfant d'être exposé aux agressions, aux difficultés et aux souffrances. C'est parce que l'enfant est considéré comme celui « qui ne parle pas » qu'il est possible d'abuser de sa personne. Aujourd'hui, la CIDE a développé l'utilisation du mot

¹ PICHARD (M.), « L'enfant : à propos d'une polysémie », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Paris : Dalloz, 2011, p. 469. Voir également : HONHON (Y.), *L'enfant et le droit*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Nantes, 2009, tome 1, § 399 et s. (l'auteur relève que l'enfant n'est pas défini par le droit).

² CARBONNIER (J.), *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 75.

³ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V^o enfant.

⁴ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V^o enfance.

⁵ CORNU (G.), [ss. dir.], *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o enfant.

⁶ Selon l'article 388 du Code civil, la majorité légale est atteinte à dix-huit ans révolus.

⁷ CORNU (G.), [ss. dir.], *ibid.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o minorité.

⁸ CONSEIL D'ÉTAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 13. Également : GOUTTENOIRE (A.), « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC*, 2011/87, n^o 4439.

enfant, qui se retrouve fréquemment dans le langage juridique¹. Elle assimile d'ailleurs l'enfant au mineur², « *ce qui permet d'utiliser indifféremment le terme d'enfant ou de mineur même si, techniquement, ce dernier est plus juste* »³.

12. Famille(s). – L'enfant est également « *le fils ou la fille de quelqu'un* »⁴. Il est le « *descendant au premier degré, fils ou fille, sans considération d'âge* »⁵. C'est un être humain relié à une autre personne par un lien de filiation. Il s'inscrit dans une famille qui regroupe « *l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun* »⁶. Néanmoins, la famille comprend aussi les personnes unies entre elles par un lien de filiation adoptive ou un lien d'alliance. Concept à géométrie variable, la famille peut également s'entendre comme « *le groupe restreint des père et mère et de leurs enfants (mineurs) vivant avec eux* »⁷. Ce noyau dur constitue l'idée moderne de famille nucléaire. La famille comprend alors l'ensemble des personnes unies entre elles par un lien de parenté ou d'alliance. Au demeurant, le lien de filiation ne coïncide pas toujours avec le lien d'affection. Il est donc plus complexe d'appréhender la place de l'enfant par rapport à sa famille. En ce sens, le modèle familial n'est plus uniforme⁸, et certains se demandent même où elle va⁹.

La diversification des modèles familiaux depuis quarante ans¹⁰, ne permet pas de définir précisément la famille. La cellule familiale composée par les époux mariés et leurs enfants ne prévaut plus. Nombres de couples vivent en concubinage ou en partenariat, ce qui entraîne une augmentation des naissances hors mariage. Le couple s'est déritualisé, tandis que la taille de la famille se réduit. Cette fragilité du couple favoriserait le triomphe de l'individualisme. Le primat de l'affection, l'autonomisation progressive des acteurs et le fait que chacun recherche son épanouissement personnel fragilisent ainsi le lien familial. Il existerait une survalorisation de la sphère privée provoquant une désinstitutionnalisation de la famille. Il existe désormais des familles monoparentales, recomposées ou homoparentales. Un nouvel acteur est en outre entré dans la

¹ RAYMOND (G.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 36.

² L'article premier de la CIDE dispose que « *l'enfant s'entend de tout être humain de moins de dix-huit ans* ».

³ GOUTTENNOIRE (A.), précité, *RLDC*, 2011/87, n° 4439.

⁴ *Le Petit Larousse illustré*, V° enfant.

⁵ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° enfant.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° famille.

⁷ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° famille.

⁸ Sur ce point : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 281. Voir également : LEQUETTE (Y.), « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 523 ; GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 13 et s.

⁹ CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 279.

¹⁰ GROSS (M.), « Dénouer la filiation de la procréation », in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et société*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 121.

famille : le tiers. Ce terme désigne le beau-parent, c'est-à-dire celui qui n'est pas uni à l'enfant par un lien de parenté, mais qui participe à son éducation, que ce soit au sein d'une famille recomposée ou d'une famille homoparentale. Ces mutations de la famille entraînent une anomie¹, c'est-à-dire une désorganisation résultant de l'absence de normes².

L'anomie permet de caractériser le comportement d'individus qui ne savent plus comment se conduire, puisqu'ils ne sont plus guidés par des valeurs. Elle est marquée par l'absence de limites aux passions individuelles. La famille serait donc instable et plurielle³. C'est aujourd'hui une structure juridique éclatée⁴. Ses formes se sont diversifiées, ce qui accentue son instabilité⁵. Elle « *n'est plus une structure cristallisée autour d'un seul modèle* »⁶. Au demeurant, ce n'est pas tant le modèle familial qui importe, mais l'aptitude de celui-ci à assurer l'avenir de la société en offrant aux enfants un cadre propice à leur développement⁷. Ainsi, seul l'enfant demeure le « *critère de l'entité famille* »⁸ en ce qu'il permet de la définir. C'est pourquoi « *la formule "c'est l'enfant qui fait la famille" est aujourd'hui en vogue, car elle correspond à la fois au refus d'une hiérarchie des configurations familiales au plan des valeurs, et à la recherche d'un point d'unité sur lequel vient s'accrocher la revendication égalitaire* »⁹. Cette sacralisation de l'enfant en tant qu'épicentre de la cellule familiale n'est toutefois pas sans risque. Elle pourrait faire du mineur une victime, dans la mesure où la désorganisation et l'absence de repères des nouvelles familles crée un risque pour ce dernier : celui de devenir victime de sa famille.

13. Victime. – Malgré l'absence de définition légale de la victime, du latin *victima*, il est possible de déterminer celle-ci comme l'individu qui subit personnellement un préjudice, par opposition à celui qui le cause, mais qui peut en être la victime directe ou indirecte¹⁰. C'est la personne qui subit et qui souffre, directement ou non, des actes d'autrui ou d'évènements néfastes. La victime est un sujet passif qui supporte un dommage causé par un sujet actif¹¹.

¹ L'anomie est une notion essentielle développée par Emile DURKHEIM. En sociologie, l'anomie est « *l'état dans lequel il y a carence ou déficience de règles sociales communément acceptées, de sorte que les individus ne savent plus comment orienter leur conduite* » (*Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, V° anomie).

² *Le Petit Larousse illustré*, V° anomie.

³ GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 15 et 19.

⁴ LAFORE (R.), « Les responsabilités familiales en question », *RDSS*, 2013, p. 1025.

⁵ LAFORE (R.), précité, *RDSS*, 2013, p. 1025.

⁶ GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 7.

⁷ LEQUETTE (Y.), précité, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 523.

⁸ THERY (I.), « Approche sociologique de la "vie familiale" : la question des définitions », in SUDRE (F.), [ss. dir.], *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention Européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 61.

⁹ THERY (I.), précité, in SUDRE (F.), [ss. dir.], *ibid.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 61.

¹⁰ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° victime.

¹¹ En ce sens : ALT-MAES (F.), « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC*, 1994, p. 35.

L'usage linguistique courant a banalisé le concept de victime « à l'ensemble des personnes subissant un préjudice, soit une atteinte portée aux droits, aux intérêts, au bien-être de quelqu'un, sans toujours nettement distinguer les conséquences directes et immédiates de l'atteinte elle-même (en termes de dommage et préjudice corrélatif) et des répercussions à l'avenir (d'ordre matériel, psychologique, social) pour la victime et/ou ses proches »¹.

Deux conceptions de la notion de victime semblent aujourd'hui prévaloir. La première est restreinte car renvoyant à l'infraction, c'est-à-dire à la loi pénale. L'Organisation des Nations Unies (ONU) inclut dans la notion de victime « des personnes qui, individuellement ou collectivement ont subi préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui enfreignent les lois pénales vigueurs dans un Etat membre » ou qui « représentent des violations des normes des droits internationalement reconnues en matière de droits de l'homme »². Le Conseil de l'Union européenne définit la victime comme « la personne physique qui a subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale ou une perte matérielle, directement causé par des actes ou des omissions qui enfreignent la législation pénale d'un Etat membre »³. Ces définitions paraissent trop étroites. Elles ne prennent pas en compte certains sujets qui n'ont pas obtenu le statut de victime. Par exemple, « la victime potentielle est celle qui n'a pas encore subi de dommage mais qui a raison de son état, de sa faiblesse ou d'une situation particulière risque de se trouver particulièrement exposée »⁴. Autrement dit, c'est une « victime en devenir qui se trouve exposée à l'inconscience ou à la négligence »⁵ d'autrui. En outre, une personne peut être victime en l'absence d'infractions pénales, notamment en cas de catastrophes naturelles. Ainsi, dans une seconde acception, la victime serait une personne qui, individuellement ou collectivement, subirait les conséquences issues de facteurs d'origines diverses : humaines, physiques, économiques, politiques, psychologiques et sociales⁶. Cela suppose que cette personne ait été atteinte dans son intégrité personnelle par un agent causal externe ayant entraîné un préjudice identifié par le corps social⁷.

¹ CARIO (R.), *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 4^{ème} éd., Paris : L'Harmattan, 2012, p. 32-33.

² ONU, Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, A/RES/40/34 du 11 décembre 1985.

³ Décision-cadre du 15 mars 2001 du Conseil relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (2001/220/JAI), *JOUE*, n° L. 82, 22 mars 2001, p. 1-4.

⁴ ALT-MAES (F.), précité, *RSC*, 1994, p. 35.

⁵ ALT-MAES (F.), précité, *RSC*, 1994, p. 35.

⁶ CARIO (R.), *ibid.*, 4^{ème} éd., Paris : L'Harmattan, 2012, p. 37.

⁷ LOPEZ (G.), *La victimologie*, coll. Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2014, p. 4-7.

Une définition globale de la notion de victime pourrait être retenue, dès lors qu'est pris en compte toute personne en situation de souffrances. Ces dernières « *doivent être personnelles* », « *que la victimisation soit directe, indirecte ou collatérale, individuelle ou collective* ». Si ces souffrances ne sont pas nécessairement immédiates, elles doivent être « *réelles* », « *c'est-à-dire se traduire par des blessures corporelles, des traumatismes psychiques ou psychologiques, des dommages matériels et/ou sociaux avérés* ». Ces blessures peuvent aussi résulter de la violation de droits fondamentaux, et doivent être « *socialement reconnues comme inacceptables* », en raison de la « *transgression d'une valeur sociale essentielle* ». Enfin, ces souffrances doivent être « *de nature à justifier une prise en compte des personnes concernées* »¹. La victime serait donc « *un individu qui a subi un dommage reconnu par une loi, un texte ou un règlement* »², voire par une norme sociale acceptée par la collectivité. Sa reconnaissance n'implique donc pas nécessairement une infraction pénale.

- DEFINITION DE LA NOTION D'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

14. Approche générale de la notion d'enfant victime de sa famille. – La famille est le premier lieu où l'enfant est appelé à évoluer. Par principe, c'est en son sein qu'il grandit. Le préambule de la CIDE énonce que « *l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* ». La protection de l'enfant est donc prioritairement assurée par sa famille où il doit pouvoir s'épanouir et jouir d'une attention éclairée pour lui permettre d'évoluer³. Plus précisément, ce sont les parents⁴ qui assurent « *la protection physique et morale de leur enfant [...] avant de conduire celui-ci à les assumer lui-même* »⁵. Au demeurant, des menaces, des risques, ou des violences, peuvent compromettre l'existence même de l'enfance. Les parents ont alors pour rôle de protéger l'enfant contre ces risques, contre autrui ou contre lui-même⁶. Ils se doivent d'accomplir cette fonction et d'y parvenir dans la mesure du possible, ce d'autant plus qu'ils ont le droit et l'obligation de décider de tout ce qui intéresse la situation personnelle et patrimoniale du mineur. A ce titre, il est en principe peu probable qu'un enfant soit victime au sein de son milieu de vie, théoriquement sécurisant et protecteur. La notion d'enfant victime de sa

¹ CARIO (R.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : L'Harmattan, 2012, p. 39.

² LOPEZ (G.), *op. cit.*, coll. Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2014, p. 5.

³ BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et al., *L'enfant, sujet de droits*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 440.

⁴ En application de l'article 6-1 du Code civil, l'emploi des termes « parents », « père » et « mère » est asexué.

⁵ CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 13.

⁶ ROSENCZVEIG (J.-P.), *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Paris : Jeunesse et droit, 2005, p. 173.

famille est donc un concept longtemps ignoré, tant la victime subit souvent un préjudice causé par un tiers, et non par sa propre famille.

La famille, cellule au sein de laquelle le mineur devrait se sentir protégé et rassuré, peut devenir un espace de tension¹, où s'opposent différents droits individuels². Ces dissensions résultent notamment de la liberté des adultes de fonder une famille et d'avoir ou non des enfants. Elle est aussi un espace de violences destructrices pour l'enfant, étant donné que « *la famille, ce havre de sécurité, est en même temps le lieu de la violence extrême* »³. Ainsi, la vie de la famille apparaît comme « *la forteresse de la sphère privée tant que n'en débord[e] pas des comportements moralement ou juridiquement répréhensibles : des crimes (viols, infanticides), des violences physiques et morales, des conduites déviantes (consommation d'alcool, de drogues prescrites ou non) qui en sont souvent la cause et la conséquence, le résultat de ces déroutes ; dettes, ruine, ruptures, abandons* »⁴. Cela démontre que « *la famille n'est pas seulement une affaire privée qui ne regarde que les parents* »⁵, c'est également une affaire publique, notamment « *lorsque les parents sont pour diverses raisons dans l'incapacité de conduire leur vie familiale en assumant leurs responsabilités vis-à-vis des enfants* »⁶.

Même en l'absence de maltraitements⁷ matérialisés, il est aujourd'hui fréquent que des parents soient dépassés par le poids de leurs responsabilités et n'arrivent plus à assumer leur fonction première : protéger l'enfant. Ce dernier se retrouve alors livré à lui-même. Sans avoir la volonté de le maltraiter, les parents compromettent ainsi l'existence de leur enfant. La situation dans laquelle se trouve l'enfant peut avoir de multiples causes : économique, physique, psychique ; et des origines diverses et variées : l'enfant lui-même, un tiers ou la famille elle-même. La cellule familiale peut donc faillir à sa mission et l'enfant se retrouve sans protection. Subissant un préjudice, le mineur est incontestablement victime de sa famille. Ce peut être le cas si la famille se trouve dans une situation de précarité économique et/ou sociale⁸ ; si les parents ne peuvent plus faire face à leurs responsabilités ; s'il existe des relations familiales conflictuelles,

¹ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, p. 191.

² CHAUVIERE (M.), « Les solidarités familiales comme espace de tensions entre droits et devoirs », *RDSS*, 2009, p. 53.

³ CYRULNIK (B.), *Les nourritures affectives*, Paris : Odile Jacob, 2000, p. 135.

⁴ NICOLAU (G.), « L'autorité parentale à l'épreuve », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 141.

⁵ GODET (M.), SULLEROT (E.), *La famille, une affaire publique*, *Doc. fr.*, 2005, p. 13. Malgré des résistances pour éviter toute normalisation, l'Etat a fait entrer la famille dans le domaine du droit. C'est en ce sens qu'elle demeure la *res publica* bien que de nombreuses personnes refusent de se mêler de ce qui se passe dans les familles.

⁶ GODET (M.), SULLEROT (E.), *Rapport précité*, *Doc. fr.*, 2005, p. 13.

⁷ *Infra.* § 79.

⁸ La pauvreté de la famille ne fait pas nécessairement de l'enfant une victime de sa famille. Sur ce point, il n'existe pas de règles fixes, mais il n'en demeure pas moins que la pauvreté peut être un facteur de difficultés et un obstacle au développement de l'enfant.

notamment après une séparation conjugale. D'autres situations peuvent encore être relevées : la maladie grave de l'un des parents qui l'empêche d'accomplir ses tâches éducatives ou encore le désintérêt ou l'abandon de l'enfant par les parents. Ces hypothèses sont plus diverses et *a priori* moins graves que la maltraitance à enfant, mais elles peuvent faire du mineur une victime de sa famille. C'est pourquoi les prédispositions générales à la victimibilité de l'enfant justifient la protection particulière qui lui est reconnue. La protection de l'enfant a pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge. C'est également un moyen de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives et d'accompagner les familles¹.

15. Approche différentielle de la notion d'enfant victime de sa famille. – Le mineur est une victime spécifique en raison des rapports qui existent entre celui-ci et les membres de la famille². L'enfant victime de sa famille peut être celui qui est victime d'une infraction pénale commise par un membre de la cellule familiale. Néanmoins, il est difficile de différencier l'enfant victime de l'enfant en danger. Le mineur cumule souvent ces deux qualifications³, en particulier si des faits de maltraitance ont été caractérisés. Une distinction peut toutefois être établie sur un plan chronologique. Un enfant victime d'une infraction commise par un membre de sa famille est d'abord un enfant en danger dans sa famille⁴. En ce sens, l'enfant peut être victime de violences physiques, psychiques et/ou morales, médicales, économiques, d'abus sexuel, de désintérêt ou de négligence commis par ses parents, ses représentants légaux ou un membre de la communauté familiale et ayant des conséquences graves sur son développement physique ou psychique, sa santé ou sa moralité. Ces actes font principalement référence à la définition de la violence domestique intergénérationnelle qui se produit, peu importe les liens biologiques ou familiaux reconnus en droit. Elle est commise par une personne à l'encontre de son enfant⁵. Dans ces situations, un danger pour l'enfant peut être mis en évidence. D'un point de vue téléologique, l'enfant victime de sa famille serait donc prioritairement un enfant qui souffre d'un danger dans sa famille ou d'une mise en danger par ses parents⁶ ou par sa famille. Cette approche est

¹ Art. L. 112-3 C. act. soc. et fam.

² GASSIN (R.), CIMAMONTI (S.), BONFILS (P.), *Criminologie*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 653.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1888.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1888.

⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, comité des ministres, Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et de la violence domestique, *Rapport explicatif*, 2011, § 41-42. Cette définition reprend en substance l'article 19 de la CIDE.

⁶ BONGRAIN (M.), *Le placement de l'enfant victime : une mesure irrespectueuse*, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 7.

cependant restrictive compte tenu de la mutation des modèles familiaux et du triomphe de l'individualisme et du libéralisme dans la famille.

Dans une société où la liberté des individus constitue une valeur essentielle, les membres de la famille choisissent ce qui leur convient, sans tenir compte des conséquences de leurs décisions pour l'enfant. Or, le système libéral s'avère inefficace pour réguler les volontés familiales au regard des intérêts de la collectivité¹, et en particulier des enfants. Les membres de la famille n'effectueraient pas toujours un choix favorable à l'intérêt de l'enfant, étant donné qu'ils agiraient à leurs profits. La cellule familiale est souvent un lieu clos, où l'égoïsme collectif peut conduire à une aliénation de l'enfant. Conjugué au délitement de la famille dans la société contemporaine, ces éléments peuvent conduire au sacrifice de la personne du mineur, ce qui pourrait justifier la qualité de victime de sa famille accordée à l'enfant. L'enfant serait donc victime de sa famille en raison de la violation d'une obligation familiale à son égard et de l'affaiblissement des responsabilités familiales². Cette situation vise principalement les parents en raison des devoirs issus du statut parental et de leur fonction naturelle de protection de l'enfant. Il est également possible d'affirmer que l'enfant est victime de sa famille lorsque c'est un devoir social qui est transgressé par un membre de la cellule familiale. Dans cette hypothèse, les père et mère ne sont plus particulièrement visés car le comportement en cause est contraire à l'impératif de protection et de respect qui est dû à la personnalité de l'enfant par chacun des membres de la communauté familiale. Le mineur serait une victime de sa famille, puisque les membres de la cellule familiale ne respecteraient pas sa qualité de sujet de droit dans le but de faire prévaloir leurs volontés individuelles. Le statut de l'enfant ne peut effectivement « *s'affranchir de toute comparaison avec celui des adultes, car il est forgé par ces derniers, parfois dans leur intérêt* »³. En outre, l'enfant « *en qui s'incarne le cœur de la famille est l'enjeu de sa formation de plus en plus libéralisée* »⁴, mais aussi des ruptures conjugales où chacun des parents tente de conserver un lien prédominant avec l'enfant⁵. Celui-ci est alors confronté à une séparation parentale, des violences conjugales, un conflit familial, « *symptôme de notre société moderne* »⁶, ou une recomposition familiale. La séparation des père et mère a des conséquences négatives sur le bien-

¹ LEQUETTE (Y.), précité, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 523.

² Voir notamment : LAFORE (R.), précité, *RDSS*, 2013, p. 1025.

³ NEIRINCK (C.), « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 1.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 7.

⁵ Si la famille se construit d'abord autour du couple conjugal, son édification implique également un couple parental. Cela est d'autant plus vrai que la dissolution du couple conjugal ne fait pas disparaître la famille lorsqu'il existe un couple parental. L'enfant est alors l'élément qui assure la survie de la famille dans l'hypothèse d'une séparation parentale.

⁶ LECLERQ (V.), « La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. famille*, 2004, étude n° 23.

être des enfants, « *qui sortent rarement indemnes des conflits entre leurs parents* »¹. Dans cette hypothèse, ce n'est pas tant la séparation du couple qui est en cause, mais la mésentente familiale qui précède la dissolution de la famille. Cette situation perturbe l'enfant. Ce dernier culpabilise et vit mal sa relation avec chacun de ses parents². Or, le mineur « *a besoin pour son épanouissement de vivre dans une relation stable et de confiance avec ses deux parents. Le conflit entre ses parents, qu'il soit ou non suivi de séparation est lourd de conséquences pour les enfants* ». A ce titre, « *la recomposition de nouveaux ménages si elle est souvent heureuse pour les parents et source de repères stabilisés pour les enfants ne suffit pas : un enfant a le droit et généralement le désir de garder un lien constructif de repères avec ses deux parents* »³. Cet exemple, qui n'est pas exhaustif, démontre que l'enfant peut souffrir d'une situation familiale en raison du choix et des volontés de ses père et mère, alors même qu'il n'existe pas de danger, au sens où l'entend le droit, pour l'enfant. Pourtant, rien n'interdit de penser que l'enfant, sujet passif, subit un préjudice en raison de la volonté des parents ou des membres de la famille, considérés comme des sujets actifs. Le mineur se trouve dans une situation de souffrance, compte tenu du choix que les membres de la cellule familiale ont fait. Il est victime de la décision familiale car il en subit les conséquences. Il souffre directement ou indirectement des volitions familiales et sur lesquelles il ne peut influencer en raison de son défaut de capacité et de la vulnérabilité inhérente à sa condition de mineur.

16. Approche empirique de la notion d'enfant victime de sa famille. – La notion d'enfant victime de sa famille permet de regrouper toutes les hypothèses où le mineur subit un dommage réel ou potentiel en raison d'une défaillance familiale ou d'un comportement de l'un des membres de la famille. *Stricto sensu*, elle ne vise que l'hypothèse de l'infraction pénale ou de la situation de danger, mais *lato sensu*, elle peut s'étendre à d'autres hypothèses. Par conséquent, deux situations peuvent être prises à compte : la situation de l'enfant dans sa famille et l'atteinte physique, morale, volontaire ou non portée à l'enfant. L'enfant victime de sa famille serait celui qui subit une « *maltraitance par les actes* » ou une « *maltraitance par les structures* »⁴. La première reprend tous les cas où l'enfant est victime de violences, d'abus sexuels, de négligences, d'un désintérêt, de malveillances, de carences, voire d'une séquestration. C'est donc la situation où une atteinte est portée au mineur, sa vie pouvant être mise en péril. Dans la seconde proposition, il s'agit du mode de vie de la famille qui est pris en considération. L'abandon de l'enfant non désiré par ses parents, l'enfant excessivement désiré par la famille, la privation ou

¹ GODET (M.), SULLEROT (E.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2005, p. 101.

² GODET (M.), SULLEROT (E.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2005, p. 160.

³ GODET (M.), SULLEROT (E.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2005, p. 165.

⁴ GHITTI (J.-M.), *Appel à une réforme de la justice familiale*, Paris : Les éditions du Cerf, 2010, p. 248.

l'exclusion d'un parent, en particulier lors d'un divorce, sont principalement visés. Néanmoins, il est également possible d'y inclure les situations où l'enfant n'est plus considéré pour lui-même par ses parents, mais comme un moyen de consacrer l'existence de la famille notamment par le choix de son identité. En outre, la reconnaissance par le droit et la société que « *l'enfant est lui aussi victime des violences conjugales paraît de nature à consolider l'évolution des structures familiales* »¹. Cela démontre « *une volonté unanime de lutter contre toutes les formes de maltraitance faites aux enfants* »², y compris quand elles ont lieu par les structures. Ce sont dès lors les systèmes familiaux qui sont visés.

Cette grande diversité des situations invite à renouveler la notion d'enfant victime classiquement connue. L'enfant victime est ici celui qui subit des violences, une infraction pouvant ainsi être caractérisée. C'est donc l'enfant en danger. Néanmoins, ce peut aussi être celui qui subit les mouvances de la famille contemporaine. C'est pourquoi la notion d'enfant victime de sa famille développée ne suppose pas nécessairement l'implication d'un coupable ou d'un dommage immédiat, étant donné que c'est le contexte familial et les dysfonctionnements de la cellule familiale qui font de l'enfant une victime de sa famille. Aussi, il paraît envisageable de définir la notion d'enfant victime de sa famille comme la situation d'un mineur qui subit et qui souffre d'une atteinte, avérée ou éventuelle, à sa personne. Cette atteinte peut concerner son intégrité corporelle, psychique ou psychologique. Ce peut également être une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à ses droits fondamentaux en raison d'actes ou d'omissions réalisés par un membre de sa famille et qui enfreignent les normes en vigueur, dans une société, à un moment donné. Autrement dit, l'enfant souffre d'une atteinte réelle ou potentielle, causée par un membre de la famille, à ses droits de la personnalité, c'est-à-dire aux droits inhérents, innés et inaliénables de la personne humaine qui appartiennent de *facto* à toute personne physique pour la protection de ses intérêts primordiaux³.

La personnalité est « *ce que la personne physique en elle-même (et pour tout être humain) a de propre et d'essentiel* »⁴. Les droits de la personnalité sont reconnus à chaque individu afin de garantir la protection juridique d'intérêts légitimes et de réduire subséquemment la liberté des tiers⁵. C'est pourquoi ces droits « *sont inséparables de chaque être humain* »⁶. Ils sont également

¹ DURAND (E.), *Violences conjugales et parentalité. Protéger la mère, c'est protéger l'enfant*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 18.

² DURAND (E.), *ibid.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 18.

³ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o personnalité.

⁴ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o personnalité.

⁵ En ce sens : TEYSSIE (B.), *Droit civil, Les personnes*, Paris : Litec, 15^{ème} éd., 2014, § 145.

⁶ TEYSSIE (B.), *ibid.*, Paris : Litec, 15^{ème} éd., 2014, § 145.

« au cœur du droit de chacun au respect de sa dignité »¹, composante de l'ordre public² et principe de valeur constitutionnelle³. Chaque personne « a une dignité que notre droit entend faire respecter » car dans l'être humain, « il y a une transcendance » que ce soit « dans sa liberté, son identité, sa conscience et sa condition corporelle, spirituelle et sociale »⁴. Par conséquent, chaque personne doit être protégée contre les atteintes portées à sa dignité, spécialement si c'est un enfant qui subit un dommage réel ou potentiel en raison d'une action ou d'une omission d'un membre de la famille. L'article 16 du Code civil proclame ainsi « la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Ce texte justifie de mettre fin à toute atteinte illicite à la personnalité de l'enfant, particulièrement si elle est commise par un membre de la famille. La protection contre les atteintes portées à la dignité des personnes est difficile, ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un enfant, être humain vulnérable, et que le préjudice est causé par un membre de la famille. Elle suppose de lutter contre la liberté absolue reconnue à chaque individu⁵. Il n'en demeure pas moins que la référence aux droits de la personnalité constitue un axiome de la définition de la notion d'enfant victime de sa famille. Elle permet de protéger le droit de l'enfant au respect de son intégrité physique, de son intégrité morale, de sa pensée et de sa vie privée⁶, « concept large »⁷ qui comprend notamment les éléments de l'identification des personnes ou la vie personnelle et familiale⁸. La notion de vie privée « ne se prête pas à une définition exhaustive »⁹.

¹ TEYSSIE (B.), *op. cit.*, Paris : Litec, 15^{ème} éd., 2014, § 36. Sur le concept de dignité de la personne humaine, voir notamment : MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron., p. 211 ; MATHIEU (B.), « La dignité de la personne humaine, quel droit, quel titulaire ? », *D.*, 1996, chron., p. 282 ; EDELMAN (B.), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, chron., p. 185 ; DREYER (E.), « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005-1, p. 19 ; BRUGUIERE (J.-M.), « La dignité schizophrène ? », *D.*, 2005, p. 1169 ; MATHIEU (B.), « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.*, 2005, p. 1649 ; DREYER (E.), « La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, p. 2730 ; DOUCHY-LOUDOT (M.), « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *RLDC*, 2010/72, n° 3852 ; MARZANO (M.), « Dignité et violence : les paradoxes de la sexualité », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 23 ; LAVROFF (D. G.) « Réflexions sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 281.

² CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727 – CE, ass., 27 octobre 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 143578.

³ Cons. const., 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, n° 94-343/344 DC, considérant n° 2 – Cons. const., 1^{er} août 2013, *Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*, n° 2013-674 DC, considérant n° 14.

⁴ MALAURIE (P.), *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014, § 309.

⁵ En ce sens : MALAURIE (P.), *ibid.*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014, § 121. Voir également : MATHIEU (B.), précité, *D.*, 2005, p. 1649 ; DREYER (E.), précité, *D.*, 2008, p. 2730.

⁶ Selon Monsieur Bernard TEYSSIE, ces prérogatives sont reconnues à chaque individu et forment les éléments d'un droit général de la personnalité (TEYSSIE (B.), *op. cit.*, Paris : Litec, 15^{ème} éd., 2014, § 36).

⁷ Cour EDH, gr. ch., 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, req. n° 43546/02, § 43.

⁸ TEYSSIE (B.), *op. cit.*, Paris : Litec, 15^{ème} éd., 2014, § 68.

⁹ Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, req. n° 44599/98, § 47.

En définitive, le mineur serait victime de sa famille toutes les fois où il ne pourrait pas mener une vie personnelle, familiale et sociale normale en raison du comportement et/ou de la volonté des membres de la cellule familiale. En d'autres termes, l'enfant serait victime de l'anormalité de sa famille¹. Admettre que l'enfant puisse être victime de sa famille doit permettre de lutter contre cette fatalité afin que l'enfant puisse jouir du présent et d'une vie personnelle, familiale et sociale normale. Il est vrai que « *le présent serait plein de tous les avenir, si le passé n'y projetait déjà une histoire. Mais, hélas ! un unique passé propose un unique avenir – le projette devant nous, comme un point infini sur l'espace* »². C'est probablement pour cela que l'enfant n'a ni passé ni avenir, ces deux parties du temps étant inextricablement liées à l'instant présent. Le droit doit donc organiser la protection de l'enfant, sujet de droit, dans sa vie personnelle, familiale et sociale. L'enfant a le droit d'être protégé contre sa famille incapable d'assurer les fonctions qui lui sont dévolues par la loi, ce qui peut notamment se traduire par la sanction de ses membres en raison de la violation d'une obligation familiale³.

L'étendue de la définition retenue de la notion d'enfant victime de sa famille pose, au-delà des difficultés liées à son domaine d'application, la question de la détermination du contenu même de cette notion. Cette complexité résulte tant du caractère indéterminé de la notion de victime que du flou qui entoure la définition de la famille. Il apparaît donc nécessaire de qualifier cette notion, afin d'en lever les ambivalences. L'expression « enfant victime de sa famille » est effectivement utilisée pour rendre compte de la situation d'un mineur, mais ne se trouve pas dans la loi. Elle n'est en outre pas propre au droit, puisqu'elle se retrouve dans d'autres discours⁴.

- LA QUALIFICATION DE LA NOTION D'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

17. La systématisation du droit. – Selon Monsieur François TERRE, « *la systématisation du droit repose sur l'existence de concepts, de définitions et de classements, souvent liés à ce qu'on appelle la nature juridique d'une institution, d'un contrat, d'un bien* ». En effet, « *le droit*

¹ MILLARD (E.), *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, coll. Bibliothèque de droit public, Paris : LGDJ, 1994, § 254 et s., spé. § 289 et s.

² GIDE (A.), *Les nourritures terrestres*, [1897], suivi de *Les nouvelles nourritures*, [1935], coll. Folio, Paris : Gallimard, 1972, rééd. 2012, p. 24.

³ Sur ce point, voir notamment : DESNOYER (C.), *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, Paris : L'Harmattan, 2001 ; RUFFIEUX (G.), *La sanction des obligations familiales*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014.

⁴ Par exemple : HENRI (A.-N.), « Les destins liés de la figure du "psy" et de l'appareil de l'enfance inadaptée », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière* », 2004, n° 6, p. 219 (l'auteur évoque la figure désormais prégnante de l'enfant victime de sa famille et le fait que la défaillance de la cellule familiale puisse provenir de sa dissolution) ; STEVENS (Y.), DENIS (C.), « Enfant, parent, professionnel : les vécus transversaux dans les situations d'abus sexuels », *Le Journal des psychologues*, 1/ 2009, n° 264, p. 65 (ces auteurs s'interrogent sur l'opportunité d'éloigner l'enfant victime de sa famille en cas d'abus sexuel intrafamilial).

se réalise à l'aide de catégories juridiques »¹. Ces dernières sont des cadres au sein desquels sont placés les éléments de la vie juridique, selon leurs natures et leurs ressemblances. Ces éléments, nombreux, supposent qu'ils soient ordonnés dans des ensembles en les regroupant par des affinités communes. Ces catégories juridiques peuvent elles-mêmes se subdiviser en des sous-catégories particulières, qui peuvent à nouveau comporter de nouvelles divisions². Il faut toutefois « résister à la tentation d'établir un nombre excessif de catégories. Sinon, elles deviendraient inutilisables ». Il ne faut pas non plus « se contenter de quelques grandes catégories, sinon on est conduit à faire entrer dans une même catégorie des éléments trop différents »³. C'est pour cette raison que la question du mineur isolé étranger (MIE) ne sera pas abordée, étant donné qu'il bénéficie pleinement du dispositif français de protection de l'enfance. La procédure d'assistance éducative est applicable au MIE, quel que soit sa nationalité ou celle de ses parents⁴, y compris s'il est retenu dans une zone d'attente⁵. De même, la problématique des enlèvements internationaux d'enfants ne sera pas spécifiquement traitée. Les difficultés qu'elle pose peuvent être résolues par le recours au droit commun de la protection du mineur, tandis que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux enlèvements internationaux d'enfants⁶ règle précisément la question en droit international privé.

La systématisation du droit par des catégories juridiques « permet de discipliner le désordre et l'incertitude des faits sociaux en les saisissant plus aisément sous une qualification claire et des règles déterminées »⁷. La catégorie est effectivement « un dispositif de classification de données dont les éléments constitutifs sont suffisamment précis pour y être rattachés, et que l'on souhaite regrouper en raison du ou des des caractère(s) commun(s) qu'on leur prête »⁸. Ce processus de catégorisation n'est toutefois pas exempt de toutes critiques. En effet, « toute catégorisation est aujourd'hui devenue suspecte, et cette suspicion est légitime. C'est qu'on a désormais pris la mesure de la complexité et de la diversité de l'opération de penser et on sait que toute tentative d'appréhender le monde à l'aune d'un modèle d'explication finit

¹ TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 404.

² TERRE (F.), *ibid.*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 404.

³ TERRE (F.), *ibid.*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 404.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 22.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, *Bull. civ. I*, n° 66.

⁶ D. n° 83-1021 du 29 novembre 1983 portant publication de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye le 25 octobre 1980, *JO*, 1^{er} décembre 1983, p. 3466 ; L. n° 82-486 du 10 juin 1982 autorisant l'approbation d'une Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants, signée à La Haye le 25 octobre 1980, *JO*, 11 juin 1982, p. 1841.

⁷ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 180.

⁸ QUINTANE (G.), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in TUSSEAU (G.), *Les notions juridiques*, Economica, Paris : 2009, p. 5.

immanquablement par résister à l'épreuve des faits »¹. La catégorisation procède d'un choix intellectuel, bien que celui-ci soit fondé sur l'observation des faits et l'étude du droit objectif. C'est pourquoi « *les catégories ne valent [...] que ce que valent les choix qu'elles expriment et l'utilité qu'elles représentent* »². Pourtant, « *il est probablement plus nécessaire que jamais de chercher à comprendre, à expliquer, à penser* »³, car cela permet d'opter pour de nouveaux paradigmes. La notion juridique d'enfant victime de sa famille peut ainsi se fonder sur un ordre et un espace propre sachant qu'il existe une proximité entre les termes de notion et de catégorie⁴.

18. La conceptualisation d'une notion juridique. – Le droit ne cesse de créer de nouveaux concepts ou de nouvelles notions juridiques qui sont les conséquences « *des réalités de la vie et des relations humaines, politiques, économiques et sociales qui ne cessent de se développer et de se transformer* » ou de « *l'évolution des faits et des comportements sociaux, des relations juridiques, de la pensée et de la pratique juridique, de nouvelles sources du droit* »⁵. Ces éléments diffusent des idées directrices qu'il appartient au juriste de saisir. En effet, il ne semble pas possible de s'accommoder des règles juridiques existantes, parfois insuffisantes pour « *répondre à de nouvelles situations ou de nouveaux besoins* ». Autrement dit, il faut « *tenter d'inventer d'autres instruments et d'autres méthodes, d'imaginer des solutions nouvelles, d'anticiper sur un droit en perpétuel devenir* »⁶.

Dans son acception courante, le concept est une « *idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances* »⁷. La notion se définit comme l'« *idée de quelque chose* », un « *concept* », une « *abstraction* ». C'est une « *représentation qu'on peut se faire de quelque chose* », une « *connaissance intuitive, plus ou moins définie, qu'on en a* »⁸. Le concept est une représentation mentale, générale et abstraite d'objet susceptible de compréhension et de généralisation. Au contraire, la notion est objet de

¹ RENCHON (J.-L.), « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 209.

² BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 179.

³ RENCHON (J.-L.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *ibid.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 209.

⁴ QUINTANE (G.), précité, in TUSSEAU (G.), *op. cit.*, Economica, Paris : 2009, p. 5.

⁵ BERGEL (J.-L.), « A la recherche de concepts émergent en droit », *D.*, 2012, p. 1567.

⁶ BERGEL (J.-L.), précité *D.*, 2012, p. 1567.

⁷ *Le Petit Larousse illustré*, V^o concept.

⁸ *Le Petit Larousse illustré*, V^o notion.

connaissance de ce qui existe déjà comme une réalité intelligible¹. De ce point de vue, le concept se distingue de la notion². Cette dernière est le résultat d'un processus d'induction, de rationalisation du réel, tandis que le concept existerait *a priori* en tant qu'objet de la pensée hors du réel³. Autrement dit, le concept est un produit de l'esprit, tandis que la notion est le résultat de l'expérience. Cette dernière se fonde sur une réalité empirique⁴.

La théorie du droit produit des concepts qui servent à l'analyse du droit positif⁵ et président à la formulation de normes juridiques et aux structures des rapports entre celles-ci⁶. A l'inverse, la dogmatique juridique tend à l'analyse des notions juridiques et à porter un regard critique sur le droit positif⁷. Au demeurant, la dogmatique juridique ne se limite pas à la description des normes en vigueur. Elle tend à les systématiser afin de les présenter sous une formule synthétique et à rechercher des solutions à des problèmes nouveaux⁸. Elle est donc susceptible d'aboutir à la création de nouvelles normes. C'est pourquoi, nonobstant leurs différences, concept et notion paraissent synonymes et peuvent être assimilés⁹, d'autant que si le contenu du concept est mobilisé par le discours juridique afin de produire des effets de droit, la naissance d'une notion au contenu de référence commun au concept se réalise¹⁰.

En droit, l'utilisation d'un concept ou d'une notion permet d'analyser des normes et de clarifier les mots employés dans le discours juridique¹¹. Le concept et la notion permettent de représenter une réalité, à la différence près que la notion possède un caractère opératoire. La notion emporte des effets de droit puisqu'un régime juridique y est associé. Elle a un effet prescriptif. C'est la raison pour laquelle la « notion d'enfant victime de sa famille » sera préférée, même si le terme de concept pourra être employé, car elle correspond à une réalité accessible, connue et identifiée par le droit et qui produit des effets juridiques. En tant que notion juridique,

¹ Cette distinction est empruntée à Monsieur Jean-Louis BERGEL (BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 170 ; voir également : QUINTANE (G.), précité, *in* TUSSEAU (G.), *op. cit.*, Economica, Paris : 2009, p. 5).

² Voir notamment : BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *in* TUSSEAU (G.), *op. cit.*, Economica, Paris : 2009, p. 21 ; DROSS (W.), « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2229.

³ BIOY (X.), « L'usage du concept de "personne" en droit », *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2171. Voir également : BIOY (X.), précité, *in* TUSSEAU (G.), *op. cit.*, Economica, Paris : 2009, p. 21.

⁴ QUINTANE (G.), précité, *in* TUSSEAU (G.), *op. cit.*, Economica, Paris : 2009, p. 5.

⁵ En ce sens : TROPER (M.), *Le droit et la nécessité*, coll. Léviathan, Paris : PUF, 2011, p. 264.

⁶ BIOY (X.), précité, *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2171.

⁷ BIOY (X.), précité, *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2171.

⁸ TROPER (M.), *La philosophie du droit*, coll. Que sais-je ?, 3^{ème} éd. Paris : PUF, 2011, p. 62.

⁹ BERGEL (J.-L.), précité, *D.*, 2012, p. 1567 ; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 170.

¹⁰ BIOY (X.), précité, *in* TUSSEAU (G.), *op. cit.*, Economica, Paris : 2009, p. 21.

¹¹ MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, coll. connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2006, p. 14.

elle possède une évolution que l'histoire du droit est susceptible d'établir¹. L'idée que le mineur puisse être victime de sa famille est une préoccupation majeure du droit, comme le confirme la progression historique de la protection qui lui est accordée². Enfin, la notion d'enfant victime de sa famille a fait l'objet de plusieurs études³, et elle peut se fonder sur une réalité empirique. Cette notion ne paraît donc pas nouvelle. Elle nécessite cependant une adaptation et de nouveaux développements, afin de répondre aux exigences de l'évolution de la vie sociale.

La détermination de la notion d'enfant victime de sa famille ne peut se faire qu'en fonction du droit positif et des réalités sociales⁴. La démarche intellectuelle s'appuiera sur l'observation de la loi, de la jurisprudence et des pratiques juridiques et sociales, ce qui n'exclut pas l'utilisation de la doctrine. Cette approche empirique implique d'identifier les situations où l'enfant est victime de sa famille, afin de construire une représentation intellectuelle générale et abstraite de cette notion. En d'autres termes, il s'agit d'« *établir une typologie des phénomènes observés si bien que, par comparaison, se manifestent des ressemblances et des dissemblances permettant d'opérer entre eux des regroupements* »⁵. Les réalités appréhendées afin de définir la notion d'enfant victime de sa famille supposent qu'elles puissent accéder à la juridicité. Elles doivent relever du « *Droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances* »⁶. La juridicité est « *l'attribut qui permet à des faits, des actes ou des situations de produire des effets de droit* », c'est-à-dire « *d'être dotés de conséquences juridiques* »⁷. Elles doivent en outre disposer de certaines qualités, afin de permettre la conceptualisation de la notion d'enfant victime de sa famille. La définition de cette notion doit permettre son identification par certains critères ou caractères, autrement dit par des éléments constitutifs. C'est à cette condition qu'il sera possible de rattacher les hypothèses où l'enfant est victime de sa famille à la notion d'enfant

¹ BIOY (X.), précité, *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2171.

² *Supra*. § 2 à 10.

³ Par exemple : HENRY (M.) avec la collaboration de GIRAULT (H.) ET CHIRAL (Y.), *Les jeunes en danger : le champ d'application de l'assistance éducative*, Vaucresson : Centre de formation et de recherche de l'éducation surveillée, 1972 ; NEIRINCK (C.), *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984 ; GROSSET (D.), *Maltraitance à enfant*, Paris : Masson, 1996 ; AUTEM (D.), *Les mesures judiciaires de placement de l'enfant mineur*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Lille 2, 1998, 2 Volumes, 631 pages ; NERAC-CROISIER (R.), CASTAIGNEDE (J.), [ss. dir.], *La protection judiciaire du mineur en danger, Aspects de Droit Interne et de Droits Européens*, Paris : L'Harmattan, 2000 ; LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *La protection de l'enfant maltraité, Protéger, aider, punir, collaborer*, Paris : L'Harmattan, 2000 ; BONGRAIN (M.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2004 ; LAVOUE (J.), *La demande en justice en protection de l'enfance*, Paris : L'Harmattan, 2004 ; DELAPORTE-CARRE (C.), *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008 ; HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009 ; PEDRON (P.), *Guide de la protection Judiciaire de la Jeunesse, Mineurs en danger – Mineurs délinquants. Pratiques éducatives et droit de la PJJ*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012.

⁴ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 170.

⁵ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 170.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o juridicité.

⁷ BERGEL (J.-L.), précité, *D.*, 2012, p. 1567.

victime de sa famille. En droit, « *la conceptualisation doit [cependant] permettre la qualification juridique. Un concept juridique doit être susceptible d'une définition fondée sur les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ses divers éléments* »¹.

19. L'opération de qualification. – La qualification est une « *opération intellectuelle d'analyse juridique* » qui consiste à « *prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à la faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte par rattachement le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement* »². Elle a pour objet de déterminer la nature juridique d'une situation ou d'un fait afin d'identifier objectivement la loi qui lui est applicable et d'en déterminer son régime et ses conséquences juridiques³. Ce terme désigne « *à la fois une opération de l'esprit et le résultat qu'elle permet d'atteindre* ». La qualification permet de réaliser « *un classement, ce qui [...] conduit à s'interroger sur les rôles du législateur, du juge et des particuliers au cours d'une opération de qualification* »⁴. De cette manière, « *s'établit, par l'intermédiaire des catégories juridiques, une relation d'ordre logique entre la détermination de ce qu'on appelle la nature juridique et le régime juridique qui en découle* »⁵. En effet, « *le rattachement d'une situation juridique à une catégorie a pour effet de la soumettre aux règles de droit qui régissent celle-ci* »⁶. L'opération de qualification concourt dès lors à l'organisation du système juridique et à l'intelligibilité du droit. Elle possède une fonction opératoire, car elle permet de nommer des phénomènes, susceptibles d'être rapprochés. La qualification des situations d'enfants victimes de leurs familles permet donc de mettre en œuvre des réalités juridiques à partir d'objets « *qu'il faut regrouper d'après leurs caractères communs* »⁷.

La détermination des catégories d'enfants victimes de leurs familles permettrait d'établir un ordre intellectuel dans la notion même d'enfant victime de sa famille, par la révélation de leurs ressemblances ou de leurs dissemblances⁸. Cela assurerait la perception et la compréhension de la notion d'enfant victime de sa famille. Cette catégorisation offre également la possibilité de faire entrer dans des cadres différentes réalités juridiques, afin d'en préciser les contours et d'améliorer

¹ BERGEL (J.-L.), précité, *D.*, 2012, p. 1567.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o qualification.

³ *Le Petit Larousse illustré*, V^o qualification ; CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o qualification ; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 180.

⁴ TERRE (F.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 405 ; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 178.

⁵ TERRE (F.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 405.

⁶ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 178.

⁷ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 179.

⁸ En ce sens : BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 179.

l'adaptation du droit au fait¹. Au demeurant, les efforts des juristes, confrontés à des faits originaux et nouveaux, pour les faire entrer dans des catégories existantes ne doivent pas conduire à violenter la réalité au risque de dénier ses spécificités. C'est la raison pour laquelle il faut sortir des cadres connus et éprouvés par la création de nouvelles catégories aptes à en saisir toutes les particularités². En effet, les catégories juridiques sont l'œuvre constante des juristes, d'autant plus qu'elles ne préexistent pas à leur intervention³. Leur construction doit permettre une meilleure connaissance et une meilleure application du droit, ainsi que l'amélioration du système juridique⁴.

20. Plan. – Les catégories juridiques autorisent l'appréhension par le droit de situations factuelles les plus diverses. Le processus de catégorisation comporte une idée de délimitation, ce qui laisse le juriste dans l'embarras lorsque la réalité sociale saisie ne correspond pas aux catégories existantes⁵. Est-ce à dire qu'en dehors des catégories d'enfants victimes de leurs familles communément admises, il ne serait pas possible de concevoir d'autres catégories juridiques pour lesquelles correspondrait un régime spécifique de protection du mineur victime de sa famille. La notion d'enfant victime de sa famille dans le discours juridique semble révéler une polysémie interne⁶. La définition donnée à ce concept ne paraît pas démontrer le contraire. La démarche consiste donc à identifier les sens et les usages de la notion d'enfant victime de sa famille pour en déterminer les catégories juridiques correspondantes et lever les ambivalences que la notion pourrait laisser apparaître⁷. Il a ainsi été constaté que l'enfant victime de sa famille est prioritairement celui qui subit et souffre d'une infraction pénale ou d'un danger au sein de la cellule familiale. C'est la présence classique de ces hypothèses dans la loi et la vie sociale qui permet de poser principalement la question de la détermination de la notion d'enfant victime de sa famille en tant que phénomène et élément du système juridique. Les transformations de la famille, du couple et de la parenté dans la société contemporaine ont cependant conduit le

¹ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 179. Voir également : ATIAS (C.), LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron., p. 251.

² ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, 2^{ème} éd., Paris : Sirey, 1951, n° 3 ; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 179.

³ EISENMANN (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, n° 11, p. 25 ; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 179.

⁴ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 179.

⁵ TERRE (F.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 406.

⁶ Pour le doyen CORNU, il y a une polysémie interne « lorsqu'au regard du droit, dans un système juridique donné, un même terme peut revêtir dans l'usage actuel, deux ou plusieurs sens distincts » (CORNU (G.), *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2005, § 20).

⁷ Selon Monsieur Christian ATIAS, « l'hypothèse d'une relative indétermination de la langue juridique, d'une malléabilité de ses termes, d'une divergence potentielle entre ce que le juriste croit dire, ce qu'il pourrait dire et ce que tel autre juriste entend ou croit comprendre, a quelque chose d'hérétique, d'inacceptable. Le positivisme, la théorie des sources du droit, le pouvoir du législateur supposent une langue maîtrisée, des mots définis » (ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, Paris : Dalloz, 2002, § 140).

législateur à diversifier les modèles familiaux. Autrement dit, l'évolution des mœurs, des idées et la recherche par le législateur de solutions pour des situations auparavant ignorées par le droit ont contribué à créer de nouvelles situations juridiques. Ces réalités récentes ont exigé la création ou la mutation des catégories juridiques, afin de répondre aux besoins des individus, tel ceux de la conjugalité, de la parenté, de la parentalité, des familles recomposées ou de l'aide médicalisée à la procréation. Ces nouveaux phénomènes intriguent et interrogent. Ils remettent en question la place traditionnellement accordée au mineur dans la cellule familiale, ce qui permettrait d'envisager des situations modernes où l'enfant serait victime de sa famille.

La notion d'enfant victime de sa famille ferait dès lors appel à deux conceptions : une conception classique, historiquement connue et saisie par le droit, et une conception moderne, liée aux mouvances et aux reconfigurations de la famille contemporaine. Ces deux conceptions de la notion d'enfant victime de sa famille doivent être retenues, mais également distinguées. A côté de l'usage habituellement reçu de la notion d'enfant victime de sa famille, il existerait une place pour une modernisation de ce concept. Seront donc successivement analysés les fondements de la notion d'enfant victime de sa famille en raison de l'existence d'une conception classique de cette notion (Partie 1), puis un renouvellement du concept d'enfant victime de sa famille, compte tenu de l'insuffisance de la conception classique et de la diversification et du pluralisme des modèles familiaux désormais existants (Partie 2).

PARTIE 1. LES FONDEMENTS DE LA NOTION D'ENFANT

VICTIME DE SA FAMILLE

21. L'autorité parentale. – En principe, les prérogatives parentales doivent être exercées dans l'intérêt de l'enfant¹. Cette notion est la seule finalité de l'autorité parentale. Elle en constitue la clé de voûte étant donné qu'elle est sa condition, son critère, sa mesure et sa fin². L'autorité parentale est un droit-fonction octroyé à tous les père et mère³ dont l'accomplissement est uniquement orienté vers la satisfaction de cet intérêt. C'est une fonction particulière qui « *appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation 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. Chaque droit appartenant aux parents a son corollaire consistant en un devoir vis-à-vis de l'enfant. Ainsi, « *les droits de l'enfant exigent des parents des obligations positives : protéger, nourrir, éduquer. L'autorité parentale se fonde et dérive de l'obligation où sont les parents, de par la loi naturelle, de protéger et d'éduquer leurs enfants. Plus qu'un pouvoir, l'autorité parentale est un devoir de satisfaire les droits naturels de l'enfant* »⁵. L'autorité parentale permet de soumettre le mineur à « *un gouvernement familial* »⁶ en raison de sa vulnérabilité naturelle. La famille occupe donc une place fondamentale dans la protection de l'enfant. Les parents ont une propension naturelle à l'éduquer et le protéger.

22. La persistance des situations d'enfants victimes de leurs familles⁷. – L'autorité parentale permet de responsabiliser les parents. Elle met l'accent sur les pouvoirs qui leur appartiennent afin de mener à bien leur mission à l'égard des enfants, des tiers ou d'eux même⁸. Par principe, il est permis de penser que les parents sont libres d'exercer leur autorité. En réalité,

¹ Art. 371-1, al. 1^{er} C. civ.

² MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *La famille*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1525. Également en ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 736.

³ Cette fonction incombe à tous les parents, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe. C'est le sens de l'article 6-1 du Code civil selon lequel « *en tant qu'effets, droits et obligations* » de l'adoption, l'exercice de l'autorité parentale peut être attribué à deux parents de même sexe. Cette universalité renforce l'idée que l'autorité parentale est une fonction d'ordre public, ce d'autant plus que les parents ne peuvent pas renoncer à exercer leurs droits ou leurs devoirs (art. 376 C. civ.).

⁴ Art. 371-1, al. 2 C. civ.

⁵ YOUNG (D.), *op. cit.*, Paris : PUF, 2002, p. 18.

⁶ BATTEUR (A.), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 522.

⁷ En ce sens : BOURRAT-GUEGUEN (A.), « *Atteintes à l'enfant : la maltraitance à enfant* », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 612.09.

⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Doc. fr., 1999, p. 74.

les père et mère ne sont jamais totalement libres¹. L'exercice des prérogatives n'est pas absolu, car ce droit-fonction demeure « *susceptible d'abus s'il est détourné de sa finalité, qui est la protection de l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* »². C'est la raison pour laquelle la société s'est arrogée le droit de protéger l'enfant victime de sa famille au moyen d'un contrôle raisonné de l'exercice des prérogatives parentales par des tiers³. En effet, « *lorsque disparaît l'autorité dans la famille [...], c'est celle de l'Etat qui s'y substitue et avec une énergie sans nuance* »⁴. Autrement dit, la situation de l'enfant dans sa famille justifie l'intervention de la puissance publique dans l'exercice de leur autorité par les parents⁵.

A partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, le législateur affirme clairement sa volonté de « *veiller à la protection d'enfants contre des parents indignes* »⁶. Le pouvoir législatif a organisé l'intervention de l'Etat dans les familles afin de protéger l'enfant en danger ou moralement abandonné. La loi du 24 juillet 1884 prévoit la déchéance de la puissance paternelle en créant un contrôle des droits du père sur ses enfants par la puissance publique. La loi du 24 juillet 1889 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés illustre ensuite la nécessité de punir les parents coupables en leur retirant totalement leurs droits de puissance paternelle. La déchéance s'opère de plein droit et à l'égard de tous les enfants et descendants de la famille pour des condamnations énumérées par la loi. Une action en retrait d'autorité parentale est également possible en dehors de toute condamnation quand les père et mère, par leur alcoolisme habituel, leur inconduite notoire ou par de mauvais traitements, mettent en péril la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants. Il s'agit de la première procédure civile de protection de l'enfant victime de sa famille. Elle suppose une faute des détenteurs de la puissance paternelle, ce qui permet de sanctionner avant tout le comportement des parents. Avec la loi des 5 et 19 avril 1898, le juge répressif peut aussi prononcer une déchéance partielle de la puissance paternelle. Celle-ci n'est donc plus nécessairement totale. Cette possibilité sera accordée aux juridictions civiles avec la loi du 15 novembre 1921. Cette loi de 1898 réprime également les actes de violence, de cruauté et les attentats commis par les parents sur la personne de leurs enfants. Il faut attendre le décret-loi du 30 octobre 1935 pour que la protection de l'enfant soit dégagée de la notion de faute. Une mesure de « *surveillance éducative* » devient possible lorsque la santé, la sécurité ou la moralité d'un enfant sont « *compromises ou insuffisamment sauvegardées par l'action des parents* ».

¹ GAREIL (L.), *L'exercice de l'autorité parentale*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 473.

² CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris : Flammarion, 1996, p. 236.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 736.

⁴ BEIGNIER (B.), précité, *Dr. famille*, 2006, repère n° 2.

⁵ GAREIL (L.), *ibid.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 474.

⁶ POUMARÈDE (J.), précité, *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

Après la seconde guerre mondiale, ce mouvement de protection de l'enfant maltraité ou abandonné se poursuit et s'intensifie, ce qui démontre la persistance des situations d'enfant victime de sa famille. L'ordonnance du 23 décembre 1958 crée l'assistance éducative et élargit la compétence du juge des enfants dans le domaine civil à tous les enfants ayant besoin d'une protection¹. Les mesures d'assistance éducative remplacent progressivement les décisions de retrait des droits parentaux. Le décret du 7 janvier 1959 institue ensuite dans chaque département un service en charge de la protection de l'enfance². La loi du 4 juin 1970³ transforme la puissance paternelle qui devient l'autorité parentale tandis que la notion d'assistance éducative est précisée aux articles 375 à 375-9 du Code civil. Certains auteurs ont par ailleurs estimé que cette loi du 4 juin 1970 avait institué « *une autre assistance éducative* »⁴. Une transformation profonde s'opère avec les lois de décentralisation car la compétence de l'aide sociale à l'enfance (ASE) et de la protection maternelle et infantile (PMI) est confiée aux départements⁵. Le 10 juillet 1989, près de cent ans après la première loi organisant la protection des enfants victimes de leurs familles, une loi relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance est adoptée par le Parlement⁶. La loi du 17 juin 1998 améliore le statut spécifique accordé au mineur victime⁷ tandis que la loi du 6 mars 2000⁸ institue le Défenseur des enfants. Celui-ci sera toutefois supprimé en 2011⁹ étant donné que la loi constitutionnelle du 23 mars 2008¹⁰ impose au législateur la création d'un Défenseur des droits¹¹. Les lois du 5 mars 2002¹² et du 2 janvier 2004¹³ symbolisent également la volonté pragmatique du législateur qui modifie, de manière casuistique, le système existant. La loi du 4 avril 2006 renforce la prévention et la

¹ Ord. n° 58-1301 précitée.

² D. n° 59-100 du 7 janvier 1959 relatif à la protection sociale de l'enfance en danger, *JO*, 8 janvier 1959, p. 600 ; modifié et complété : D. n° 75-1118 du 2 décembre 1975 modifiant et complétant le décret n° 59-100 relatif à la protection sociale de l'enfance en danger, *JO*, 7 décembre 1975, p. 12482 ; puis abrogé et partiellement codifié : D. n° 2004-1136 du 21 octobre 2004 relatif au code de l'action sociale et des familles, *JO*, 26 octobre 2004, p. 18047

³ L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO*, 5 juin 1970, p. 5227.

⁴ ROBERT (P.), « Une autre assistance éducative », *RTD civ.*, 1972, p. 26.

⁵ L. n° 83-663 précitée ; L. n° 86-17 précitée. Egalement : L. n° 84-422 du 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'Etat, *JO*, 7 juin 1984, p. 1762.

⁶ L. n° 89-487 précitée.

⁷ L. n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles à l'égard des mineurs, *JO*, 18 juin 1998, p. 9255 ; Rect. *JO*, 2 juillet 1998, p. 10078.

⁸ L. n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, *JO*, 7 mars 2000, p. 3536.

⁹ L. n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO*, 30 mars 2011, p. 5504, art. 22.

¹⁰ L. constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, *JO*, 24 juillet 2008, p. 11890.

¹¹ L. organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO*, 30 mars 2011, p. 5497. Cette autorité constitutionnelle (art. 71-1 Const.) a notamment pour mission la défense et la promotion de « *l'intérêt supérieur et [des] droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France* » (L. organique n° 2011-333 précitée, Art. 4, 2°).

¹² L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO*, 5 mars 2002, p. 4161.

¹³ L. n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, *JO*, 3 janvier 2004, p. 184.

répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs¹. Une réforme importante de la protection de l'enfance est enfin réalisée avec la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007². Ce texte réorganise et harmonise les conditions d'intervention des autorités administratives et judiciaires dans les familles. Elle a été complétée par une loi du 5 mars 2012³ qui optimise le suivi des enfants en danger par la transmission des informations préoccupantes entre les départements.

23. La consécration législative de la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. – Sans qu'il soit permis de hiérarchiser ces différentes énumérations légales, il est possible de constater que l'enfant est victime de sa famille dans des situations définies et connues depuis longtemps du législateur. C'est en ce sens qu'il est permis d'affirmer qu'il existe une conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. Cela est d'autant plus vrai « *que le droit de la famille est traditionnellement considéré comme normatif, en ce qu'il impose un modèle de famille. En contrevenant à ces règles impératives, la famille devient hors la loi et heurte donc l'ordre public* »⁴, ce qui peut conduire à un relâchement des liens familiaux, voire à une exclusion du parent de la cellule familiale en raison de sa faute. Le système français a ainsi consacré ces hypothèses dont les manifestations sont dorénavant identifiées et prises en considération par la loi (Titre 1). A cette catégorie de mineurs victimes de leurs familles, le législateur a également associé des instruments de protection de la personne de l'enfant contre sa famille. Ces mesures sont le résultat d'une lente construction, débutée en 1889, qui a permis la création d'un véritable dispositif de protection de l'enfance⁵. A cet égard, la maturation des instruments de protection du mineur victime de sa famille contribue à l'idée qu'il existe une conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. En effet, s'il existe des catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles, il est fort probable que la loi ait concomitamment consacré les modes de prises en charge de ce groupe de victime. Il existerait donc des instruments de protection du mineur victime de sa famille fondés sur le caractère traditionnel de ces situations ou sur un long usage des mesures de protection. Autrement dit, la sauvegarde des mineurs appartenant aux catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles serait assurée par un régime commun et général de protection (Titre 2).

¹ L. n° 2006-399 précitée.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ L. n° 2012-301 du 5 mars 2012 relative au suivi des enfants en danger par la transmission des informations, *JO*, 6 mars 2012, p. 4143.

⁴ GONTHIER (F.), LAMARCHE (M.), « Faute en famille », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 177.

⁵ En ce sens : ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), « Autorité parentale – Assistance éducative – Champ d'application – Conditions », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 5.

TITRE 1. LA DETERMINATION DES CATEGORIES CLASSIQUES **D'ENFANTS VICTIMES DE LEURS FAMILLES**

24. La littérature : un témoignage des manifestations classiques de la notion d'enfant victime de sa famille. – La littérature comprend plusieurs romans qui retracent l'histoire de la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. En 1879, Jules VALLES dédie son livre *L'enfant* à tous ceux « *qu'on fit pleurer dans la famille, qui pendant leur enfance furent [...] rossés par leurs parents* »¹. Jules RENARD conte en 1894 l'histoire de *Poil de carotte*, un enfant mal aimé, victime d'une famille cruelle. Il subit les humiliations quotidiennes et la haine de sa mère ainsi que l'indifférence de son père, de son frère et de sa sœur². Hervé BAZIN décrit, en 1948, les rapports entre une mère indigne, ses trois enfants qu'elle martyrise et un père démissionnaire dans *Vipère au poing*³. Dans *Les noces barbares*, Yann QUEFFELEC rapporte l'histoire de Ludo qui vit caché dans le grenier de ses grands-parents durant les sept premières années de sa vie. Au cours de cette période, il est totalement délaissé, ne mange que très peu et reste seul, sans aucune pitié de sa mère ou des parents de celle-ci⁴. Enfin dans *Belle famille*, l'enfant Madec, qui a le don d'énerver sa mère, est soumis à son autoritarisme et à sa domination avant que cette dernière ne cache sa mort accidentelle au cours d'une soirée où ses parents s'étaient absentés⁵. Ces exemples romanesques montrent que l'enfant est parfois, mais depuis longtemps, victime de châtements corporels ou d'un abandon moral ou matériel de la part de sa famille.

25. Les deux catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles. – La loi est intervenue pour classer et regrouper ces situations classiques d'enfants victimes de leurs familles. Par ce biais, elle assure la représentation sociale d'un ensemble de mineurs se trouvant dans une situation de même nature. La catégorisation des manifestations classiques de la notion d'enfant victime de sa famille peut être organisée de manière duale. Il y aurait le mineur délaissé par sa famille (Chapitre 1) et celui qui est en danger dans sa famille⁶ (Chapitre 2).

¹ VALLES (J.), *L'enfant*, [1879], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1985.

² RENARD (J.), *Poil de carotte*, [1894], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1999.

³ BAZIN (H.), *Vipère au poing*, [1948], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1997

⁴ QUEFFELEC (Y.), *Les noces barbares*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 1985.

⁵ DREYFUS (A.), *Belle famille*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 2012.

⁶ En ce sens : BONGRAIN (M.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 7.

CHAPITRE 1. L'ENFANT DELAISSE PAR SA FAMILLE

26. L'usage linguistique courant de la notion de délaissement. – Avant d'analyser les manifestations de l'enfant délaissé par sa famille, il paraît important de définir ce qu'est le délaissement. Le dictionnaire LITRE définit le délaissement comme « *l'action de mettre en abandon* », « *le résultat de cette action* »¹. Le terme « délaissé » renvoie à ce « *dont on fait abandon* », « *enfant délaissé* »². Le dictionnaire Larousse précise que le délaissement est l'« *action de délaisser quelqu'un, état de celui qui est délaissé, laissé sans secours* », « *abandon* »³. Il énonce ensuite que « *délaisser* » consiste à « *ne plus avoir d'intérêt pour quelque chose, ne plus s'en occuper* », « *abandonner* »⁴. Enfin, « être délaissé » signifie « *être laissé sans affection, être seul, abandonné ou négligé, en parlant de quelqu'un* »⁵. Délaisser quelqu'un revient à l'abandonner en le négligeant, le privant d'affection ou de la constance qui lui est due c'est-à-dire en le laissant seul et démuné.

27. L'usage juridique de la notion de délaissement. – Juridiquement, le délaissement peut se définir comme l'« *action d'abandonner quelqu'un, de le laisser en un lieu où il est livré à lui-même (notamment afin de se soustraire à l'obligation de le garder* », *déréliction (dont l'exposition d'enfant est un exemple antique) aujourd'hui incriminée* »⁶. L'enfant délaissé est une notion connue du droit pénal puisque l'article 227-1 du Code pénal incrimine expressément le délaissement de mineur. Il n'existe cependant aucune définition du terme délaissement dans la loi pénale, ce d'autant plus qu'il est possible de relever des manifestations implicites d'enfant délaissé dans le Code pénal⁷. A l'inverse, l'enfant délaissé n'apparaît pas explicitement dans le Code civil. Le législateur utilise d'autres termes pour identifier cette catégorie d'enfant victime de sa famille tel le désintérêt manifeste⁸, le défaut de soins et manque de direction ou encore l'abstention volontaire d'exercer les droits et de remplir les devoirs dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative⁹. L'enfant délaissé par sa famille serait celui dont les parents n'assurent pas sa protection en raison du désintérêt qu'ils lui portent. En d'autres termes, les parents

¹ Dictionnaire de la langue française Emile LITRE, V° délaissement.

² Dictionnaire de la langue française Emile LITRE, V° délaissé.

³ Le Petit Larousse illustré, V° délaissement.

⁴ Le Petit Larousse illustré, V° délaissé.

⁵ Le Petit Larousse illustré, V° être délaissé.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° délaissement.

⁷ Privation d'aliments ou de soins (art. 227-17 C. pén.) ; soustraction d'un parent à ses obligations légales (art. 227-15 C. pén.).

⁸ Art. 377 C. civ. (délégation de l'autorité parentale) ; art. 350 C. civ. (déclaration judiciaire d'abandon).

⁹ Art. 378-1 C. civ. (retrait de l'autorité parentale).

délaisseraient leur enfant toutes les fois où ils ne dirigeraient et n'orienteraient plus volontairement la vie du mineur. Concrètement, les père et mère négligeraient le mineur, ce qui se traduit par un désintérêt manifeste de la famille pour l'enfant (Section 1). Ce manquement grave des parents à leur fonction est alors susceptible de mettre en péril le mineur (Section 2).

Section 1. Le désintérêt manifeste de la famille pour l'enfant

28. La négligence parentale. – Le désintérêt démontre une désaffection des parents pour l'enfant. Il témoigne de leur détachement ou de leur indifférence à son égard. Les père et mère ne s'occupent plus du mineur, livré à lui-même. Le désintérêt manifeste permet de qualifier juridiquement une situation de délaissement parental¹. Cette notion apparaît explicitement pour la délégation de l'autorité parentale ou la déclaration judiciaire d'abandon, ce qui permet de prendre en compte les situations où les père et mère négligent l'enfant. En effet, négliger consiste à « *ne plus porter à quelqu'un l'attention, l'affection qu'on devait ou qu'on avait pour lui* »². Désintérêt et négligence serait dès lors synonymes puisque le désintérêt manifeste des parents pour l'enfant se traduirait par une négligence de leur part. Le désintérêt manifeste résulte d'un comportement négatif. C'est une attitude d'abstention qui doit présenter un caractère apparent. L'emploi de l'adjectif manifeste suppose que les parents n'ont plus porté intérêt à l'enfant de manière évidente. Le désintérêt revêt un certain degré de gravité³.

L'article 9, § 1 de la CIDE autorise la séparation de l'enfant de sa famille lorsque les parents le maltraitent ou le négligent. Le terme de maltraitance fait référence à une catégorie spécifique d'enfant en danger qui est une notion plus large et plus ouverte⁴. C'est la raison pour laquelle il est permis de penser que coexistent deux catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles : l'enfant délaissé par sa famille et l'enfant en danger par sa famille. La négligence parentale résultant du désintérêt manifeste des parents serait donc un critère d'intervention des autorités publiques distinct de celui du danger⁵. La cour d'appel de Douai a par ailleurs précisé que « *pour retirer la garde des enfants à leurs parents, il faut que les enfants se soient trouvés en danger à leur contact, ou bien que ces parents les aient abandonnés et qu'ils aient cessé de les revendiquer* »⁶. De ce point de vue, il paraît difficile d'affirmer que le désintérêt manifeste serait fondé sur le danger même si les parents oublient l'enfant et n'assurent plus la protection qui lui

¹ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 872.

² *Le Petit Larousse illustré*, V^o négliger.

³ Sur le caractère manifeste du désintérêt, voir notamment : ALLAER (C.), « L'enfant oublié », *JCP G.*, 1975, I, 2735.

⁴ *Infra.* § 82 et s.

⁵ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 92.

⁶ CA Douai, 12 juillet 1984, Jurisdata n° 1984-042717.

est due¹. Pourtant, la notion de désintérêt manifeste apparaît dans des procédures où il n'est pas, en tant que tel, un critère d'intervention de la puissance publique. C'est le cas avec le retrait de l'autorité parentale, la procédure d'assistance éducative ou encore dans les procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale où c'est l'enfant en danger qui est protégé. Il convient ainsi d'analyser la notion de désintérêt manifeste (§ 1) puis d'examiner la question de savoir si ce désintérêt manifeste constitue un danger l'enfant (§ 2).

§ 1/ La notion de désintérêt manifeste

29. Désintérêt manifeste et retrait de l'autorité parentale. – Le tribunal de grande instance peut prononcer un retrait de l'autorité parentale lorsqu'une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant et que les père et mère se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 du Code civil pendant plus de deux ans². Cette « *abstention est le signe d'un désintérêt des parents envers leur enfant* »³. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose d'abroger cette possibilité et de limiter le retrait de l'autorité parentale aux situations de danger manifeste⁴. Pour les auteurs du rapport, l'abrogation de l'alinéa deuxième de l'article 378-1 du Code civil permettrait d'améliorer la lisibilité des procédures susceptibles d'être engagées en vue de protéger l'enfant délaissé par sa famille. Seules deux actions subsisteraient : la délégation de l'exercice de l'autorité parentale et la déclaration judiciaire d'abandon.

Cette proposition présente le mérite de la clarification. Néanmoins, il pourrait lui être reproché le fait que la déclaration judiciaire d'abandon n'est pas systématiquement mise en œuvre lorsque le désintérêt manifeste a été constaté durant un an⁵. En outre, il paraît plus aisé d'établir que les parents n'ont intentionnellement ni exercé les droits ni rempli les devoirs que leur laissait l'article 375-7 du Code civil que de démontrer l'existence du désintérêt manifeste, dont l'appréciation est foncièrement subjective. De ce point de vue, l'article 378-1, alinéa deuxième semble compléter utilement l'article 350 du Code civil. Il permet d'envisager une procédure de retrait de l'autorité parentale à l'expiration du délai de deux ans si aucune déclaration judiciaire d'abandon n'a été préalablement prononcée. Cette disposition assure donc la possibilité de

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 502 ; GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 738-739.

² Art. 378-1, al. 2 C. civ.

³ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 63.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 63 et s.

⁵ *Infra.* § 268 et 269.

réexaminer la situation du mineur protégé en assistance éducative, ce d'autant plus que les mesures prises dans ce cadre ne peuvent excéder une durée de deux ans¹. Il convient cependant d'admettre qu'une déclaration judiciaire d'abandon pourrait également être prononcée si les parents s'abstiennent d'exercer volontairement les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 du Code civil pendant plus de deux ans. Dans ce cas, l'abrogation éventuelle de l'alinéa deuxième de l'article 378-1 pourrait justifier l'introduction à l'article 350 du Code civil d'un nouvel alinéa ainsi formulé : l'enfant est déclaré judiciairement abandonné « quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 du Code civil ».

En l'état actuel du droit positif, les juges du fond ne sont pas tenus de démontrer l'existence d'un danger manifeste, réel et actuel car la lettre de l'alinéa deuxième de l'article 378-1 du Code civil ne l'impose pas à la différence de l'alinéa premier². Pour le retrait de l'autorité parentale, il suffit que les conditions d'application du texte soient remplies³. En d'autres termes, un retrait de l'autorité parentale pourra être décidé toutes les fois où les parents s'abstiennent, de manière volontaire et consciente⁴, d'exercer leurs droits et devoirs de garde, d'éducation et de surveillance qui ne sont pas incompatibles avec la mesure d'assistance éducative durant plus de deux ans. Le désintérêt manifeste des parents est alors caractérisé par référence à l'article 371-1 du Code civil. Les parents s'abstiennent de protéger le mineur dans sa sécurité, sa santé et sa moralité et n'assurent pas son éducation. Ils ne permettent pas son développement, dans le respect dû à sa personne. Cette idée se retrouve lorsque l'un des parents néglige l'enfant après une séparation conjugale (A) ou lorsque l'enfant a été recueilli par un tiers (B). L'interprétation du désintérêt manifeste est néanmoins source de difficultés lorsque les parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Cela suppose de s'interroger sur une éventuelle objectivation de la notion par le recours à celle de délaissement parental (C).

A/ Le désintérêt manifeste du parent après la séparation du couple conjugal

30. La dévolution initiale fondée sur le principe de coparentalité⁵. – La dévolution de l'exercice de l'autorité parentale consiste à attribuer une charge, composée d'un ensemble de

¹ *Infra.* § 202.

² *Infra.* § 110.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1991, n° 90-05.063.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, n° 96-05.136 (la mère présentait des troubles psychiatriques graves et durables).

⁵ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1604, spé. p. 626.

droits et de devoirs, aux parents qui sont appelés à exercer cette fonction en vertu de l'établissement du lien de filiation avec l'enfant¹. Les parents ont l'exercice en commun de l'autorité parentale dès lors que la filiation est établie à l'égard de chacun d'entre eux², peu importe que l'enfant ait été adopté³. Ce principe de l'exercice en commun sera toutefois écarté lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre parent. Dans ce cas, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant⁴. Dans ces situations, il est possible de penser que l'établissement tardif d'un lien de filiation soit la preuve d'un désintérêt à l'égard de l'enfant ou d'une situation familiale difficile⁵, notamment en raison des obstacles de droit ou de fait existants⁶. La force du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale suppose également que celui-ci ne soit pas remis en cause en cas de séparation des parents⁷. L'article 373-2, alinéa premier du Code civil affirme que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* ». Cette règle s'applique pour le divorce comme à toute séparation de fait ou judiciaire d'un couple conjugal marié, en partenariat ou en concubinage. Cela signifierait que la séparation du couple conjugal n'a pas d'incidence sur le couple parental et les enfants. Or, « *il y a une grande illusion à croire que la séparation ne bouleverse pas la vie des enfants, comme elle bouleverse celle des parents* »⁸. Malgré la volonté du législateur de rendre effectif le principe de coparentalité⁹, il est des situations où l'autorité parentale n'est en réalité exercée que par un seul des parents, l'autre n'accomplissant pas ses prérogatives dans l'intérêt de l'enfant.

¹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o dévolution.

² Art. 372, al. 1^{er} C. civ.

³ Adoption plénière : art. 356 et 358 C. civ. ; adoption simple : art. 365, al. 1^{er} C. civ.

⁴ Art. 372-2, al. 2 C. civ. Un exercice en commun est néanmoins possible en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales.

⁵ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1605.

⁶ Par exemple : CA Montpellier, 26 juin 2013, Jurisdata n° 2013-014144. Dans cette espèce, par infirmation du jugement ayant dit que la mère exercerait exclusivement l'autorité parentale, la cour d'appel décide qu'il y a lieu de dire que l'autorité parentale sera exercée en commun. La procédure trouve son origine dans l'action en reconnaissance de paternité intentée par le père. Son implication à être et devenir légalement le père de l'enfant est ainsi démontrée par cette seule action, la mère ne pouvant pas lui reprocher de ne pas avoir reconnu volontairement l'enfant dès lors que la reconnaissance volontaire se heurtait à la présomption de paternité de l'article 311 du Code civil. La mère étant toujours mariée avec un tiers, elle avait déclaré l'enfant en indiquant dans l'acte de naissance le nom de son mari en qualité de père. L'implication du père dans la vie quotidienne de l'enfant, lequel est placé chez la sœur du père en qualité de tiers digne de confiance, est établie par les attestations produites. Il n'existait donc aucun désintérêt manifeste de sa part.

⁷ En ce sens : FOSSIER (T.), « L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés – Quarante mois d'application de la loi du 4 mars 2002 », *Dr. famille*, 2005, étude n° 15.

⁸ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1608.

⁹ BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 541.

31. Le désintéret manifeste : un motif fréquent justifiant l'exercice unilatéral de l'autorité parentale¹. – L'alinéa premier de l'article 373-2-1 du Code civil autorise le juge aux affaires familiales à confier l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à un seul des parents si l'intérêt de l'enfant le commande. En effet, lorsque l'un des parents n'exerce pas les prérogatives qui lui sont dévolues par la loi pour protéger son enfant dans sa santé, sa sécurité, sa moralité et les conditions de son éducation et de son développement, il paraît cohérent de ne pas lui confier l'exercice de l'autorité parentale. Cela est d'autant plus vrai si cette négligence du parent entraîne des difficultés de gestion du quotidien de l'enfant et entrave le processus parental de codécision. Cette situation « *justifie que le parent qui en réalité assume seul et en totalité la prise en charge des enfants se voit confier l'exercice de l'autorité parentale à titre exclusif* »². En ce sens, la cour d'appel de Montpellier a accordé l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à la mère, car le père « *se désintéresse totalement du sort de ses enfants, n'exerçant aucun droit de visite et d'hébergement, ne prenant jamais de leurs nouvelles et ne versant pas un euro à titre de contribution à leur entretien et à leur éducation* ». Elle considère qu'il est de l'intérêt des enfants que la mère « *puisse prendre toutes les décisions, y compris les plus importantes les concernant, sans risquer de se voir opposer la nécessité de l'accord* » du père en raison de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, « *alors qu'elle est dans l'incapacité, du fait de la carence de ce dernier dans son rôle de père, [...] de pouvoir le joindre* »³. En pratique, le désintéret manifeste résulte de l'absence d'investissement éducatif, matériel et/ou affectif du parent pour son enfant⁴, ce qui peut se traduire par un défaut d'exercice du droit de visite du parent concerné⁵. Pour prononcer un exercice exclusif de l'autorité parentale au profit de la mère, la cour d'appel de Lyon a pris en considération « *l'ensemble du comportement du père [qui] témoigne du peu d'intérêt qu'il porte*

¹ GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 173.

² GOUTTENOIRE (A.), « Autorité parentale : exercice », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.72.

³ CA Montpellier, 6 octobre 2009, RG n° 08/04014. Voir également : CA Douai, 14 avril 2011, RG n° 10/07409 – CA Douai, 19 mai 2011, RG n° 10/08663 – CA Lyon, 6 juin 2011, RG n° 09/07117 – CA Douai, 30 juin 2011, RG n° 10/08956. En ce sens également : CA Paris, 29 juin 1993, Jurisdata n° 1993-022725.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n° 99-19.143 – CA Paris, 27 juin 2002, Jurisdata n° 2002-187611 – CA Nancy, 2 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-334302 – Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, n° 06-18.904 – Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, n° 09-13.686 – Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-15.165.

⁵ Par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-15.165. Le désintéret d'un parent peut conduire à une suppression du droit de visite et d'hébergement (CA Bordeaux, 20 février 1992, Jurisdata n° 1992-040741 – CA Agen, 3 octobre 2013, n° 2013-021869). En outre, « *la médiatisation du droit de visite, en conférant aux relations familiales une dimension artificielle et contrôlée, peut également démotiver les parents* » (NEIRINCK (C.), « Pauvreté et enfant délaissé ou désinvesti par ses parents », in NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 137). Cela pourrait dès lors conduire à un exercice exclusif de l'autorité parentale ou à la suppression pure et simple du droit de visite. En cas de placement durable en assistance éducative, une délégation de l'autorité parentale pourrait aussi être envisagée. La médiatisation du droit de visite matérialise alors l'échec de la tentative de maintien ou de la restauration des liens familiaux puisqu'il a conduit à un délaissement parental.

à ses enfants en tant que personnes ». Ce dernier n'a pris « de fait aucune part à leur entretien et à leur éducation » et « n'a jamais contribué à une décision commune avec la mère concernant les enfants, n'ayant aucune communication avec elle »¹. Le désintérêt du parent ne pourra justifier un exercice unilatéral de l'autorité parentale que s'il concerne l'enfant lui-même et non un autre membre de la fratrie². En définitive, l'enfant serait délaissé toutes les fois où l'un des parents ne participe pas à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en fonction de ses besoins. Le désintérêt manifeste pourrait donc se définir par référence à l'alinéa premier de l'article 371-2 du Code civil qui énonce que « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ».

32. La preuve du désintérêt manifeste. – Le désintérêt du parent doit être manifeste et démontré pour pouvoir écarter l'exercice en commun de l'autorité parentale³. Les juges doivent mettre en évidence un manque d'implication évident et certain du parent auprès des enfants. Cette preuve sera facilitée lorsque le désinvestissement parental met en exergue un risque d'entrave du processus coparental de décision, un refus de collaboration étant alors caractérisé. Par exemple, le seul fait d'envoyer une carte à Noël n'est pas suffisant pour établir l'intérêt du père pour son enfant⁴. Au contraire, l'absence du père dans la vie affective de ses filles pendant plusieurs années ne suffit pas à démontrer l'existence d'un désintérêt manifeste dès lors que ce parent a continué à verser sa contribution à leur entretien et à leur éducation, a ouvert des comptes assurances à chacune d'elle sur lesquels il verse régulièrement des sommes. En outre, la mère ne rencontre pas de difficultés pour prendre des décisions communes concernant les mineures, ce qui démontre la participation du père à l'éducation des enfants⁵. Un éloignement géographique du père ne peut également pas caractériser un désintérêt manifeste du parent dès lors que la mère le sollicite régulièrement et qu'il contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants⁶. Dans le même sens, les défaillances du père dans l'éducation des enfants ne sont pas suffisantes pour justifier un exercice exclusif de l'autorité parentale alors que celui-ci s'est toujours montré présent auprès des enfants⁷. La cour d'appel de Lyon a aussi refusé d'attribuer l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à la mère dans une situation où le père est resté plusieurs mois sans voir sa fille, prise en charge par sa mère après la naissance, étant donné que le père a clairement manifesté sa volonté

¹ CA Lyon, 21 mars 2011, RG n° 09/02173.

² CA Douai, 9 juin 2011, RG n° 10/08481.

³ CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/04337.

⁴ CA Douai, 24 mars 2011, RG n° 10/06990.

⁵ CA Lyon, 20 juin 2011, RG n° 10/00458. Dans le même sens : CA Lyon, 18 avril 2011, RG n° 10/01669 – CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/04368.

⁶ CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/02732.

⁷ CA Douai, 26 mai 2011, RG n° 10/07064.

de s'investir dans la vie de l'enfant¹. Enfin, le défaut de paiement de la pension alimentaire dont le père devait s'acquitter pour l'entretien et l'éducation de l'enfant et sa condamnation pour abandon de famille n'entraînent pas systématiquement un exercice exclusif de l'autorité parentale pour la Cour de cassation².

B/ Le désintérêt manifeste des parents après le recueil de l'enfant par un tiers

33. Une notion commune à la délégation de l'autorité parentale et à la déclaration judiciaire d'abandon. – La délégation forcée de l'article 377, alinéa deuxième du Code civil peut être prononcée en cas de désintérêt manifeste des parents à la demande du particulier, de l'établissement ou du service départemental de l'ASE qui a recueilli l'enfant. Elle peut également être sollicitée par un membre de la famille sans qu'il ait à recueillir préalablement le mineur. Ce cas de délégation concerne l'enfant abandonné par ses parents c'est-à-dire celui « *qui souffre d'un désintérêt manifeste de ses parents* »³. La délégation de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas la seule institution du Code civil destinée à protéger le mineur délaissé par sa famille. Le législateur fonde aussi la déclaration judiciaire d'abandon sur le critère du désintérêt manifeste.

L'alinéa premier de l'article 350 du Code civil énonce que « *l'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance* ».

Cette notion de désintérêt manifeste, qui conditionne tant l'application de l'article 350 que l'alinéa deuxième de l'article 377 du Code civil, « *fait l'objet d'une appréciation judiciaire identique* »⁴. La seule différence entre les deux mécanismes tient à la durée du désintérêt manifeste qui subsiste aujourd'hui pour la déclaration judiciaire d'abandon. Il doit effectivement durer un an. Avant la loi du 4 mars 2002⁵, l'ancien article 377, alinéa troisième du Code civil imposait une durée minimum d'un an avant que le tiers délégataire ne puisse présenter sa requête, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. L'idée de durée ne disparaît pas pour autant, car « *elle est de l'essence du désintérêt* »⁶. En l'absence de délai légal, comme en matière de déclaration judiciaire d'abandon, un temps suffisant doit s'être écoulé pour établir l'inaction et la négligence des

¹ CA Lyon, 5 mars 2012, RG n° 10/08705.

² Cass. civ. 1^{ère}., 15 mars 2001, n° 99-14.948.

³ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil, La famille*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1020.

⁴ NEIRINCK (C.), « Autorité parentale – Délégation », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 41. Egalement en ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.202.

⁵ L. n° 2002-305 précitée.

⁶ AUTEM (D.), « La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale », *RJPF*, 2003-1/11.

parents. L'appréciation de la durée du désintéret manifeste repose donc sur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond en matière de délégation. C'est aussi le cas pour la preuve de l'existence du désintéret manifeste¹.

34. L'existence du désintéret manifeste. – Le désintéret manifeste des parents doit être certain et actuel au jour où la demande est formée². Il doit en outre exister pendant toute l'année précédant l'introduction de la requête en matière de déclaration judiciaire d'abandon³. Par conséquent, le fait que les parents s'occupent de l'enfant avant cette période d'un an ou après la demande en déclaration est sans effet sur la réalisation des conditions de l'abandon judiciaire. Cet élément ne doit pas être pris en compte par la juridiction⁴. Concrètement, l'enfant doit être oublié de ses parents⁵. Le désintéret est une question de fait qui est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond⁶. C'est au tiers qui a recueilli le mineur d'apporter la preuve du désintéret en matière de délégation d'autorité parentale⁷, ce qui peut s'avérer difficile puisqu'il s'agit de démontrer l'existence d'un fait négatif⁸. Afin de mettre en évidence ce désintéret manifeste, les juges du fond s'attachent à démontrer « *l'indifférence totale du parent* »⁹ à l'égard du mineur. L'article 350 du Code civil fournit des indications sur la preuve de ce désintéret manifeste. L'alinéa deuxième de ce texte précise 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* », tandis que l'alinéa troisième cette disposition énonce que « *la simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intéret suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon* ».

¹ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 830.

² Délégation d'autorité parentale : Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 1971, *Bull. civ. I*, n° 42 – Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 365. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 8 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 133 – Cass. civ. 1^{ère}., 29 octobre 1979, *Bull. civ. I*, n° 265.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 1971, *Bull. civ. I*, n° 41. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} mars 1977, *RTD civ.*, 1977, p. 321, obs. RAYNAUD (P.) – Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 286 – Cass. civ. 1^{ère}., 15 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 329.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} mars 1977, *RTD civ.*, 1977, p. 321, obs. RAYNAUD (P.). Egalement en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}., 15 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 329.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 495.

⁶ Délégation d'autorité parentale : Cass. civ. 1^{ère}., 23 juin 1998, n° 96-16.961. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 1985, *Bull. civ. I*, n° 88 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 143 – Cass. civ. 1^{ère}., 29 juin 2011, n° 10-19.698.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 365.

⁸ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 830.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 42.

Ainsi, l'absence complète de contacts entre l'enfant et un parent¹, parfois depuis la naissance² ou le décès de l'autre parent³, ont pu caractériser un désintérêt manifeste. Le désintérêt manifeste peut également résulter de relations intermittentes même si l'enfant ne peut pas être considéré comme délaissé par ses parents⁴. Une participation ponctuelle à l'entretien de l'enfant⁵ ou l'attachement de la mère à l'enfant avant son placement chez un tiers⁶ ne sont enfin pas suffisants pour écarter le désintérêt manifeste.

Dans ces situations, les parents, en raison de leur absence, ne participent pas ou trop peu à l'éducation et à l'entretien de l'enfant. C'est ce qui permet de caractériser le désintérêt manifeste c'est-à-dire le délaissement parental dont est victime l'enfant. Cela sera d'autant plus vrai si le tiers en charge de l'enfant cherche à remédier à l'absence de rapport entre l'enfant et ses parents sans que ces efforts réitérés ne soient suivis d'effet⁷.

35. Un désintérêt manifeste, conscient et volontaire. – Le caractère manifeste du désintérêt suppose une passivité volontaire des deux parents, en particulier pour la déclaration judiciaire d'abandon qui ne peut pas être prononcée à l'égard d'un seul parent⁸. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » a adopté une position contraire. Les auteurs du rapport estiment que la déclaration judiciaire d'abandon doit être divisible quant aux parents. Selon eux, le délaissement peut être le fait d'un seul parent ou des deux, ce qui permettrait de

¹ Délégation d'autorité parentale : CA Bourges, 19 octobre 1993, Jurisdata n° 1993-046499 – CA Reims, 1^{er} juin 2010, RG n° 10/00012-15 ; *contra.* : CA Rennes, 3 octobre 1995, Jurisdata n° 1995-052940. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 143 ; *contra.* : Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 1985, *Bull. civ. I*, n° 56 – Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-19.698.

² Délégation d'autorité parentale : CA Pau, 7 juin 1994, Jurisdata n° 1994-045304 – CA Rouen, 24 février 2011, RG n° 10/02822. Déclaration judiciaire d'abandon : CA Douai, 15 décembre 2005, Jurisdata n° 2005-311988 – CA Montpellier, 19 février 2008, Jurisdata n° 2008-357293.

³ Délégation d'autorité parentale : CA Paris, 12 octobre 1990, Jurisdata n° 1990-024386 – CA Rouen, 27 octobre 2005, Jurisdata n° 2005-289572 – CA Agen, 9 novembre 2007, Jurisdata n° 2007-353630 (les visites auprès des enfants n'ont commencé qu'à la fin du mois de mars 2007 et leur contenu est particulièrement pauvre, la mère est décédée en 2004) – CA Toulouse, 24 février 2009, Jurisdata n° 2009-003162.

⁴ Délégation d'autorité parentale : CA Rennes, 16 décembre 1996, Jurisdata n° 1996-049896 – CA Rennes, 3 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-048995 – CA Toulouse, 24 février 2009, Jurisdata n° 2009-003162 – CA Versailles, 24 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-023917. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 133 – CA Caen, 12 janvier 1995, Jurisdata n° 1995-040204 – Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, n° 92-18.373 – Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1999, n° 98-18.916 – CA Agen, 13 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-256579 – CA Douai, 15 décembre 2005, Jurisdata n° 2005-311988 – CA Bourges, 14 septembre 2006, Jurisdata n° 2006-327651.

⁵ Délégation d'autorité parentale : CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051376 – CA Rennes, 29 mai 2000, Jurisdata n° 2000-123346. En ce sens pour la déclaration judiciaire d'abandon : CA Paris, 5 décembre 1986, Jurisdata n° 1986-027478.

⁶ Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}, 21 janvier 1992, n° 90-13.114.

⁷ Délégation d'autorité parentale : CA Paris, 16 février 1996, Jurisdata n° 1996-020966 – CA Agen, 11 août 2004, Jurisdata n° 2004-247387.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, n° 01-10.849 – CA Lyon, 17 septembre 2013, RG n° 13/00760.

prononcer la déclaration judiciaire d'abandon à l'égard d'un seul ou des deux¹. Cette proposition est intéressante. Elle permettrait de rendre l'enfant adoptable à l'égard du conjoint du parent qui n'a pas délaissé le mineur. L'article 345-1 du Code civil pourrait ainsi être modifié en ce sens, ce d'autant plus que le 2° de cette disposition admet l'adoption plénière de l'enfant du conjoint lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale².

Le désintéret manifeste des parents n'exige pas une faute de leur part³. Les père et mère ne doivent « *plus porter intérêt d'une manière évidente* »⁴ à l'enfant. Autrement dit, le désintéret des père et mère doit être conscient et volontaire⁵. Cela signifie qu'il ne peut y avoir de désintéret manifeste de la part des parents lorsque c'est le tiers qui a recueilli le mineur qui élève des obstacles aux relations entre l'enfant et ses parents, rendant alors celles-ci impossibles⁶. Dans cette situation, les parents peuvent néanmoins solliciter du juge des enfants un droit de visite officiel⁷. L'abstention des parents doit procéder d'un libre choix⁸ et non pas d'évènements indépendants de leur volition, qui les empêcheraient d'exercer leurs prérogatives, comme la maladie ou l'éloignement⁹ notamment lié à l'emprisonnement du parent¹⁰. La cour d'appel de Rennes a cependant admis l'existence d'un désintéret volontaire malgré l'incarcération du père. Les magistrats du second degré ont jugé que si le père a été condamné à deux ans d'emprisonnement dont un an avec sursis et mise à l'épreuve pour des faits d'agressions sexuelles commises à l'égard de ses quatre enfants, il ne peut prétendre que son désintéret n'est pas volontaire. La suspension du droit de visite découle de son comportement¹¹. En d'autres termes, le propre comportement délictueux du parent sur la personne de l'enfant ne lui permet pas de

¹ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 68 et 70.

² *Infra.* § 264.

³ Déclaration judiciaire d'abandon : CA Lyon, 27 février 1985, Jurisdata n° 1985-600766.

⁴ Délégation d'autorité parentale : CA Paris, 8 juin 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, II, p. 871.

⁵ Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 23 octobre 1973, *Bull. civ. I*, n° 276 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 octobre 1973, *Bull. civ. I*, n° 277 – Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 285 – Cass. civ. 1^{ère}., 28 mai 1980, *Bull. civ. I*, n° 158 – Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 347 ; *Dr. famille*, 1998, comm. n° 14, note MURAT (P.) – Cass. civ. 1^{ère}., 2 mai 2001, n° 98-18.917 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, n° 10-30.714.

⁶ Délégation d'autorité parentale : CA Paris, 5 juillet 1968, *JCP G.*, 1968, II, 1540, obs. RAYNAUD (P.) – Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 365. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 285 – Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 347 ; *Dr. famille*, 1998, comm. n° 14, note MURAT (P.) (un manque de moyens matériels est également relevé) – Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 1999, n° 97-05.002.

⁷ Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 15 octobre 1996, n° 94-19.312.

⁸ Déclaration judiciaire d'abandon : CA Agen, 13 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-256579.

⁹ Dans ce cas, il semble toujours possible de prononcer une délégation forcée de l'autorité parentale étant donné que les parents sont dans l'impossibilité d'exercer leur fonction. *Quid* alors de la condition de volonté ? (TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1020).

¹⁰ En ce sens pour la délégation d'autorité parentale : CA Lyon, 7 mai 2002, Jurisdata n° 2002-197874 (le père a en outre reçu la visite de ses enfants).

¹¹ Déclaration judiciaire d'abandon : CA Rennes, 22 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-003688.

soutenir qu'il n'a pas abandonné volontairement l'enfant¹. Cette exigence de volonté permet toutefois de prendre en compte la situation particulière de parents confrontés à des handicaps, des troubles psychiatriques ou à des difficultés personnelles². Aucun désintérêt manifeste ne serait caractérisé dans ces hypothèses : la négligence parentale ne serait pas consciente et volontaire³. La notion de désintérêt suppose « *obligatoirement lucidité et volonté des parents* », ce qui ne permet pas de recourir à une déclaration judiciaire d'abandon lorsque « *la cause du comportement parental réside dans la vulnérabilité mentale* »⁴.

Le désintérêt manifeste est présumé volontaire jusqu'à preuve du contraire⁵. La démonstration du caractère involontaire du désintérêt constaté par les juges doit être rapportée par les parents⁶. Ils peuvent donc s'opposer à la délégation forcée de l'autorité parentale ou à la déclaration judiciaire d'abandon. Cette preuve n'est toutefois pas aisée. Par exemple, dans une espèce où la preuve du désintérêt du père pour l'enfant est démontrée, les magistrats du second degré ont relevé que celui-ci ne justifie d'aucune manifestation positive et vérifiable d'intérêt pour l'enfant autre que la résistance à la requête en délégation de l'autorité parentale. Ce dernier a en outre introduit une action en contestation de sa paternité avant de se désister de sa demande⁷. Dans le même sens, une cour d'appel a fait droit à une délégation forcée de l'autorité parentale sollicitée par la grand-mère d'un enfant, car la mère n'apporte aucune preuve d'intérêt pour le mineur. En effet, elle tente vainement de caractériser une volonté de reprise de contact avec l'enfant alors qu'elle n'a ni contribué à ses besoins ou pris de ses nouvelles ni exercé le droit de visite qu'il lui a été précédemment accordé. La requête qu'elle a déposée pour obtenir le transfert de la résidence de l'enfant à son domicile ne constitue pas une manifestation d'intérêt suffisante, ce d'autant plus qu'elle ne prouve pas qu'elle était hors d'état de s'intéresser à l'enfant⁸. Un

¹ Déclaration judiciaire d'abandon : CA Riom, 20 mars 2001, Jurisdata n° 2001-138079.

² La cour d'appel de Versailles a cependant considéré que la toxicomanie avancée par la mère pour justifier son absence auprès de la mineure ne peut constituer un fait permettant d'affirmer que le désintérêt manifeste serait involontaire. Pour la juridiction du second degré, il vrai qu'il n'ait pas établi que la mère ait été totalement privée de discernement et de la volonté suffisante pour nouer et entretenir des relations affectives et durables avec sa famille, pendant deux ans et demi (CA Versailles, 28 janvier 2010, Jurisdata n° 2010-000564).

³ Délégation d'autorité parentale : CA Amiens, 13 mars 2008, Jurisdata n° 2008-358659. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1992, *Bull. civ. I*, n° 230 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1992, n° 91-12.872 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, n° 10-30.714 ; *contra*. : CA Agen, 13 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-256579 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 143.

⁴ DOUMENG (V.), « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 55.

⁵ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 603.

⁶ Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 1985, *Bull. civ. I*, n° 88.

⁷ CA Nîmes, 15 mars 2006, Jurisdata n° 2006-309677.

⁸ CA Rennes, 20 mars 2000, Jurisdata n° 2000-134933 (en outre, le père se désintéressait de l'enfant depuis plus d'un an, ne voulant assumer aucune responsabilité ni devoir envers lui). Dans un sens proche : CA Rennes, 3 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-048995.

manque de ressources des parents peut également empêcher l'exercice du droit de visite, en particulier si le lieu d'accueil est éloigné du domicile familial. Dès lors, le défaut de manifestation parentale ne serait pas délibéré compte tenu des difficultés matérielles rencontrées par les père et mère¹. La Cour de cassation a cependant considéré que l'impécuniosité n'est pas un obstacle pour une mère attentive et dévouée au maintien de liens affectifs avec son enfant². Dans une autre espèce, la mère disposait de ressources qui, si faibles soient-elles, lui auraient permis de rendre visite à sa fille, laquelle réside à quatorze kilomètres de son domicile. Le désintérêt n'est ainsi pas involontaire³. La pauvreté de la famille est donc susceptible de conduire à un délaissement parental.

36. La pauvreté de la famille : une cause de désintérêt manifeste ? – L'article 203 du Code civil prévoit que « *les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». A priori, l'obligation alimentaire des parents semble se rattacher directement au mariage, mais en réalité, elle découle de la filiation⁴ voire d'un droit naturel⁵. En effet, « *il est admis depuis fort longtemps que l'obligation d'entretien incombe tout autant aux parents mariés ou non* »⁶. Cette imperfection a été corrigée par la loi du 4 mars 2002⁷. L'obligation alimentaire des père et mère est fondamentale⁸ pour le mineur. Elle concerne une multitude d'aspects : nourriture, vêtements, loisirs, logement, frais de scolarité, frais médicaux, argent de poche. Elle garantit son développement physique, mental, spirituel, moral et social. C'est un élément essentiel de la responsabilité parentale⁹. Les parents ne peuvent pas y renoncer en raison de son caractère d'ordre public¹⁰. Ces derniers doivent fournir au mineur les

¹ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131.

² Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 15 octobre 1996, n° 94-19.312. Dans le même sens : CA Nancy, 12 mai 2006, Jurisdata n° 2006-323097.

³ Déclaration judiciaire d'abandon : CA Lyon, 27 février 1985, Jurisdata n° 1985-600766. Voir encore pour une mère sans domicile fixe : CA Agen, 13 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-256579.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 135.

⁵ MONTESQUIEU a affirmé que « *la loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants* » ou que « *nourrir ses enfants, est une obligation de droit naturel* » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, [1748], Paris : Flammarion, 2008, Partie 5, Livre 26, Chapitre 6).

⁶ REBOURG (M.), « Vocation alimentaire », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 311.41.

⁷ Désormais, chacun des parents doit « *contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants, à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* » (art. 371-2 C. civ. modifié par L. n° 2002-305 précitée).

⁸ Son importance est rappelée par l'article 27 de la CIDE.

⁹ La contribution à l'entretien de l'enfant est indépendante de l'exercice de l'autorité parentale car seul le lien de filiation est pris en compte. La Cour de cassation a précisé que « *l'article 203 du Code civil [...] ne lie pas ces obligations à l'autorité des père et mère sur leurs enfants* » (Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 1972 *Bull. civ. I*, n° 135).

¹⁰ Cass. civ., 15 février 2012, n° 11-13.883 – Cass. civ. 1^{ère}., 5 décembre 2012, n° 11-19.779. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}., 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 388.

conditions matérielles nécessaires à son épanouissement tant qu'il ne peut pas s'assumer lui-même¹. Dès lors, la pauvreté, en ce qu'elle peut impacter l'obligation d'entretien pesant sur les parents, traduit-elle un délaissement parental ?

La pauvreté est la situation d'une personne qui dispose de peu de biens, de ressources financières ou de richesses². Elle affecte la cellule familiale économiquement, culturellement ou socialement³. Aujourd'hui, un certain nombre de parents, qui vivent dans des situations de grande pauvreté, ne sont plus en mesure d'assumer leurs responsabilités parentales et leur rôle protecteur et éducatif. L'épanouissement, le développement et l'avenir de leurs enfants peuvent ainsi s'en trouver compromis⁴. Pour autant, la grande précarité⁵ de la famille implique-t-elle un délaissement parental ou un désintérêt manifeste ? Si la pauvreté est « *un facteur de délaissement de l'enfant, de désinvestissement des parents* »⁶, elle n'implique pas forcément un désintérêt manifeste des parents justifiant une délégation d'autorité parentale ou une déclaration judiciaire d'abandon⁷. Le fait que les parents ne puissent pas rendre régulièrement visite à l'enfant recueilli par un tiers, notamment en raison d'une insuffisance de revenus ou de difficultés économiques insurmontables, ne doit pas être systématiquement perçu comme un désintérêt manifeste. Il est impératif de prendre en compte les ressources matérielles réelles des parents lors de l'appréciation du désintérêt. C'est la raison pour laquelle la précarité économique et sociale de la famille ne peut suffire en elle-même à démontrer l'existence d'un désintérêt manifeste. L'appréciation de cette notion « *doit pouvoir prendre en compte ce que les parents sont capables de donner afin de compléter ce qui manque pour préserver les liens familiaux et respecter les droits fondamentaux de l'enfant* »⁸.

¹ Elle doit être adaptée au niveau de vie auquel l'enfant peut prétendre compte tenu du niveau culturel et socio-économique des parents (CA Versailles, 17 janvier 2013, RG n° 12/01557).

² *Le Petit Larousse illustré*, V° pauvreté.

³ Cette situation peut être illustrée avec le roman autobiographie de Franck MAC COURT, *Les cendres d'Angela, Une enfance irlandaise* (Paris : Belfond, 1997). *Les Misérables* de Victor HUGO montre également l'incidence de la pauvreté sur la vie familiale ([1862], 2 tomes, coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1998).

⁴ RENOUX (M.-C.), « La pauvreté une réalité vécue », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 3.

⁵ La précarité se distingue en principe de la pauvreté. Une famille pauvre économiquement peut être riche culturellement. Avec la précarité, la famille est non seulement affectée économiquement mais aussi socialement et culturellement.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131.

⁷ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131.

⁸ NEIRINCK (C.), « La pauvreté des enfants n'est pas une fatalité », *Dr. famille*, 2011, repère n° 1.

C/ L'objectivation potentielle de la notion de désintérêt manifeste

37. L'ambiguïté et la subjectivité du désintérêt manifeste. – La situation de l'enfant délaissé par sa famille est une préoccupation majeure de notre société en raison de l'absence de relations affectives du mineur avec ses parents. Cette carence ne permet pas la satisfaction de ses besoins fondamentaux. Le recours au concept de désintérêt manifeste a toutefois été critiqué en raison de son caractère ambigu et subjectif lors de sa mise en œuvre, en particulier pour la déclaration judiciaire d'abandon¹. Il a également été qualifié de « *notion mal définie* »². La réponse législative ne serait donc pas suffisante pour certains. En d'autres termes, la notion de désintérêt manifeste ne serait pas adaptée pour prendre en considération les situations d'enfants délaissés par leurs familles. C'est pourquoi il a été proposé d'exclure l'exigence de volonté de ce concept et de le remplacer par celui de délaissement parental (1), qui n'est lui aussi pas exempt d'imperfections (2).

1/ L'exclusion de la volonté des père et mère par le recours à la notion de délaissement parental

38. L'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. – Une définition du délaissement parental semble faire consensus malgré l'existence de divergences sur son caractère intentionnel ou non ou sur les causes d'un comportement parental de délaissement. Celui-ci se présenterait « *comme un comportement parental caractérisé par une absence physique et/ou psychique envers son enfant dont les besoins (nutritionnels, sanitaires, éducatifs, affectifs, sociaux, ...) ne sont, par conséquent, pas satisfaits* »³. Cette définition renvoie aux hypothèses d'impossibilité d'exercer l'autorité parentale visées aux articles 373 et 377, alinéa deuxième du Code civil. Le premier énonce 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* ». Le second prévoit que le tiers qui a recueilli l'enfant peut solliciter une

¹ Notamment : HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport sur les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences pour l'enfant*, Doc. fr., novembre 2009, p. 38 et s. Voir également : DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la protection de l'enfance*, Doc. Sénat, 2013-2014, p. 79 et s.

² COLOMBANI (J.-M.), *Rapport sur l'adoption*, Doc. fr., 2008, p. 157.

³ ONED, *Le délaissement parental : conceptions et pratiques dans quatre pays occidentaux*, Oned Editeur, 2009, p. 1. Le délaissement parental est un concept d'origine psychologique qui « renvoie à la notion de désinvestissement ou de relation dénuée d'intérêt, d'affects. Le qualificatif d'évolutif désigne un état de détachement dont le caractère de gravité s'inscrit dans la durée » (ONED, *Le délaissement parental : rapport précité*, Oned Editeur, 2009, p. 1).

délégation d'autorité parentale « *si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale* ».

La formule « impossibilité d'exercer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale » utilisée à l'article 377 est « *imprécise et souple. Le comportement visé implique qu'un obstacle de droit ou de fait se dresse entre les parents titulaires d'une autorité qu'ils aimeraient plus ou moins exercer et la possibilité effective qu'ils ont de le faire* »¹. Ces obstacles empêcheraient le parent de protéger juridiquement l'enfant². Avec cette notion, la délégation de l'autorité parentale est indifférente à la volonté des père et mère. Elle peut même être prononcée pour un comportement qui ne leur est pas imputable, à la différence du désintéret manifeste qui ne peut être que volontaire³. Le critère de l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale permet de prendre en considération la situation de l'enfant dans sa famille. Il ne tend donc pas à sanctionner les parents. Appliqué au concept de délaissement parental, cette notion permettrait d'élargir cette catégorie classique d'enfant victime de sa famille. Cela est d'autant plus vrai qu'elle n'est pas liée à la preuve de l'incompétence ou de l'incapacité des parents. Il suffit que celui-ci ne soit objectivement pas en mesure de prendre concrètement en charge le quotidien du mineur⁴. Ainsi, un père difficilement joignable et qui ne prend pas « *réellement en compte les besoins* » de l'enfant « *au regard des démarches inhérentes à l'exercice de l'autorité parentale* »⁵ est dans l'impossibilité d'exercer ses prérogatives. Dans cette espèce, la Cour de cassation opère une interprétation extensive de la notion d'impossibilité d'exercice de l'autorité parentale. Elle a constaté subjectivement et objectivement l'inaptitude du parent à exercer l'autorité parentale, en raison de son absence et de son incapacité à prendre en considération les besoins de l'enfant⁶. Cette inaptitude « *pourrait même se déduire de l'inaction des parents* »⁷. Dès lors, la « *référence à l'inaptitude du père à exercer l'autorité parentale tend à rapprocher le critère du désintéret manifeste* »⁸. L'impéritie du parent traduirait le délaissement parental tel qu'il est défini par

¹ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 47.

² Madame Claire NEIRINCK cite parmi les obstacles de fait la maladie, l'éloignement, l'incarcération, des difficultés matérielles, comme la pauvreté, et fait référence à l'article 373 du Code civil quant aux obstacles juridiques (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 47).

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 47.

⁴ Une Cour d'appel a ainsi relevé l'impossibilité pour la mère de faire face aux besoins alimentaires de son fils, complété par les échecs systématiques de maintenir des liens entre celle-ci et l'enfant (CA Chambéry, 27 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-238088).

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 155, obs. MURAT (P.) ; *AJ fam.*, 2005, p. 273, obs. GRATADOUR (H.) ; *RJPF*, 2005-7/51, obs. EUDIER (F.).

⁶ MURAT (P.), « L'impossibilité d'exercer l'autorité parentale, condition de la délégation forcée, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005, n° 04-05.019, F-P+B : Jurisdata n° 2005-027908 », *Dr. famille*, 2005, comm. n° 155.

⁷ MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2005, comm. n° 155.

⁸ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 99.

l'ONED¹. L'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, consécutif à un délaissement ou à un désinvestissement éducatif, peut alors résulter de l'état mental² ou de la pauvreté des parents³. Ces derniers ne contribuent plus à l'éducation, au développement et à l'entretien du mineur, ce qui autoriserait objectivement la délégation forcée de l'autorité parentale, mais aussi la privation de cette autorité et *a fortiori* la déclaration judiciaire d'abandon.

39. La volonté d'introduire la notion de délaissement parental au Code civil. – La notion de désintérêt manifeste, qui se retrouve aux articles 350 et 377 du Code civil, nécessite un élément intentionnel pour la Cour de cassation. Le désintérêt manifeste ne résulte pas « *seulement d'une situation objective mais doit s'accompagner d'une attitude subjective* »⁴ de la part des parents. Cette approche subjective du désintérêt manifeste a été critiquée. Elle aboutit à ne pas prendre en considération les situations de mineurs « *dont les parents sont dans un état physique, mental ou psychique qui ne leur permet pas d'assurer effectivement leurs responsabilités, c'est-à-dire d'exercer leur autorité parentale* »⁵. En d'autres termes, les père et mère seraient objectivement dans l'impossibilité d'exercer leur autorité à l'égard des mineurs. Dans cette hypothèse, il est également « *compliqué d'apporter la preuve de la volonté des parents de se désintéresser de leur enfant* »⁶ : parents atteints de troubles psychiques, souffrants de déficience mentale. En effet, les problèmes psychologiques des parents ne leur permettent pas de répondre aux attentes du mineur, ce d'autant plus s'ils n'ont pas une attitude adaptée. Cette situation correspond à la définition du délaissement donnée par l'ONED⁷. Enfin, les notions d'« intérêt » et

¹ ONED, *Le délaissement parental* : rapport précité, Oned Editeur, 2009, p. 1.

² CA Nîmes, 15 mars 2006, Jurisdata n° 2006-309677 – CA Basse-Terre, 12 février 2007, Jurisdata n° 2007-334664.

³ L'absence de revenus des parents pourrait conduire à une délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale. Dans cette situation, les père et mère ne sont pas en mesure d'assurer les besoins de santé, de stabilité ou d'éducation de leur progéniture (NEIRINCK (C.), précité, *in* NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131). L'insuffisance de leurs ressources ne leur permet pas de satisfaire les conditions du développement physique, affectif, intellectuel et social des mineurs. Une délégation de l'autorité parentale serait alors possible sans qu'il soit nécessaire de démontrer le caractère volontaire de leur abstention. Il suffit au tiers qui a recueilli l'enfant de prouver que les parents sont « *dans l'impossibilité d'exercer correctement et suffisamment leur autorité* » (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 48) au profit des enfants, c'est-à-dire qu'ils ne contribuent plus à l'entretien, à l'éducation et à l'entretien de l'enfant. De ce point de vue, la condition de « *l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale* » constitue une menace pour les familles les plus démunies (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 48). En effet, « *tout comportement parental objectif qui ne semble pas suffisant au regard des besoins d'un enfant pourrait [...] fonder une délégation* » (NEIRINCK (C.), précité, *in* NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131.) de l'autorité parentale, en ce qu'il rend impossible l'exercice de celle-ci et conduit à un délaissement parental.

⁴ COLOMBANI (J.-M.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 157.

⁵ HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, novembre 2009, p. 39. Voir également : TABAROT (M.), *Rapport n° 4330, Proposition de loi n° 3739 rect. relative à l'enfance délaissée et à l'adoption*, *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, p. 49.

⁶ HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, novembre 2009, p. 4.

⁷ ONED, *Le délaissement parental* : rapport précité, Oned Editeur, 2009, p. 1

de « liens affectifs » ne permettent pas de couvrir certaines situations dans lesquelles les parents s'intéressent à l'enfant de manière épisodique et très négative pour lui¹.

Lorsqu'il caractérise le désintérêt manifeste, le juge doit constater l'inaction des parents pendant une certaine durée. Les magistrats doivent caractériser une absence d'acte de leur part, ce qui signifie que la matérialité des faits importerait davantage que l'intention des père et mère². L'introduction de critères objectifs a été proposée afin d'éviter toute interprétation subjective du désintérêt manifeste. L'idée consiste à définir le désintérêt manifeste par référence à l'autorité parentale tant pour la délégation que pour la déclaration judiciaire d'abandon³. La notion de délaissement parental serait substituée à celle de désintérêt manifeste au Code civil⁴. La déclaration judiciaire d'abandon, mais aussi la délégation, interviendraient dès lors qu'a été constaté le délaissement de l'enfant. Seule compterait la situation de l'enfant, celle des parents étant indifférente, puisque c'est le mineur qui est au cœur du dispositif⁵.

40. Le projet de réforme de la déclaration judiciaire d'abandon. – La proposition de loi n° 3739 rectifiée relative à l'enfance délaissée et à l'adoption envisage de remplacer la notion de désintérêt manifeste par celle de délaissement à l'article 350 du Code civil⁶. Elle définit le délaissement parental par « *les carences des parents dans l'exercice de leurs responsabilités parentales compromettant le développement psychologique, social ou éducatif de leur enfant* »⁷. Cette première définition du délaissement parental a été abandonnée car les carences des parents renvoient à un domaine particulier du champ de la protection de l'enfance : les mineurs en danger. La carence parentale reflète également l'idée qu'il est possible de remédier à la situation par un accompagnement de la famille⁸. En outre, la carence parentale ne place pas le mineur au centre du dispositif. Or, seul l'intérêt de l'enfant devrait motiver la déclaration judiciaire d'abandon et non les carences éducatives, qui ne permettent pas de prendre en compte les

¹ HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport précité, Doc. fr.*, novembre 2009, p. 40 et 41. Voir également : TABAROT (M.), *Rapport n° 4330 précité, Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, p. 50.

² HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport précité, Doc. fr.*, novembre 2009, p. 39.

³ HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport précité, Doc. fr.*, novembre 2009, p. 43.

⁴ HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport précité, Doc. fr.*, novembre 2009, p. 46.

⁵ CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'ADOPTION, *Rapport sur la pratique et l'avenir de la déclaration judiciaire d'abandon*, septembre 2005, p. 7, disponible sur www.adoption.gouv.fr/IMG/pdf_Rapport_CSA_Art350_2005.pdf, consulté le 5 juin 2012.

⁶ *Proposition de loi n° 3739 (rectifiée) sur l'enfance délaissée et l'adoption, Doc. AN*, XIII^{ème} législature.

⁷ Une autre proposition de loi considérait « *comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui ont négligé gravement d'exercer l'autorité parentale envers lui et n'ont pas entretenu avec celui-ci les relations nécessaires à son épanouissement et au maintien de liens affectifs* » (*Proposition de loi n° 3051 visant à améliorer le dispositif de la déclaration judiciaire d'abandon, Doc. AN*, XIII^{ème} législature).

⁸ En ce sens : TABAROT (M.), *Rapport n° 4330 précité, Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, p. 56.

situations de parents parfois présents auprès de leurs enfants mais seulement par intermittence¹. Dans cette hypothèse, « *le désintérêt progressif des parents à l'égard de leur progéniture détériore lentement leurs relations, la corrompt jusqu'à la désagrégation* »². Une autre définition du délaissement parental a donc été adoptée.

Le projet d'article 381-1 du Code civil issu de la « *petite loi* » sur *l'enfance délaissée et l'adoption*, adoptée le 1^{er} mars 2012 par l'Assemblée nationale en première lecture, considère qu'un enfant est délaissé « *lorsque ses parents n'ont contribué par aucun acte à son éducation ou à son développement pendant une durée d'un an* »³. Cette définition semble faire du délaissement parental un critère qui ne serait pas soumis à interprétation⁴. Il serait fondé sur le constat objectif que « *les parents s'abstiennent de relations, de contacts significatifs et d'échanges avec leur enfant au préjudice de ce dernier* »⁵. Ainsi, l'envoi d'une carte postale ou un appel téléphonique par an ne permettront pas au parent de prouver qu'il a contribué à l'éducation de l'enfant⁶. Il n'est cependant pas question de stigmatiser des parents, « *qui se retrouveraient, malgré eux, dans une situation les empêchant d'exercer leur autorité parentale* »⁷, comme les père et mère en difficulté économique et sociale. Avec cette proposition de loi, la déclaration judiciaire d'abandon ne serait plus fondée sur le désintérêt manifeste mais sur le délaissement parental.

Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » opère, dans une certaine mesure, une synthèse des différentes définitions du délaissement parental proposées. Il est suggéré de définir précisément et de manière objective le délaissement en partant de l'intérêt de l'enfant. La formule suivante a ainsi été proposée : « *l'enfant qui n'a pas bénéficié de la part de ses parents d'actes ou de relations nécessaires à son développement physique, psychologique et affectif, sans que ces derniers en aient été empêchés par un tiers, est déclaré judiciairement délaissé si cette déclaration est conforme à son intérêt* »⁸. En intégrant l'exigence de l'intérêt de l'enfant, cette proposition concrétise le fait que la déclaration judiciaire d'abandon⁹ ne peut être

¹ En ce sens : TABAROT (M.), *Rapport n° 4330 précité, Doc. AN., XIII^{ème} législature*, p. 55.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 495.

³ *Proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption*, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture, texte n° 881 « petite loi », *Doc. AN., XIII^{ème} législature*, art. 1^{er}.

⁴ TABAROT (M.), *Rapport n° 4330 précité, Doc. AN., XIII^{ème} législature*, p. 32, voir également : p. 41, 56 et 58.

⁵ TABAROT (M.), *Rapport n° 4330 précité, Doc. AN., XIII^{ème} législature*, p. 56.

⁶ Concrètement, les parents se retrouveront dans une situation analogue à celle ayant donné lieu à l'arrêt du 5 avril 2005 (Cass. civ. 1^{ère}., 5 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 155, obs. MURAT (P.) ; *AJ fam.*, 2005, p. 273, obs. GRATADOUR (H.) ; *RJPF*, 2005-7/51, obs. EUDIER (F.)).

⁷ TABAROT (M.), *Rapport n° 4330 précité, Doc. AN., XIII^{ème} législature*, p. 41.

⁸ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille*, 2014, p. 68.

⁹ Il est également proposé de remplacer les termes de déclaration judiciaire d'abandon par ceux de « *déclaration judiciaire de délaissement* » (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille*, 2014, p. 65 et s. ; voir également : DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655 précité, Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 79 et s., proposition 41).

prononcée que si elle est opportune¹. La référence au développement de l'enfant, telle qu'elle résulte de la proposition de loi n° 3739 rectifiée², et celle de l'absence de contribution à l'éducation ou au développement du mineur, issue de la « *petite loi* » sur l'enfance délaissée et l'adoption³ seraient donc regroupées et complétées au sein d'une définition unitaire du concept de délaissement. En réalité, ces définitions du délaissement parental concrétisent l'application jurisprudentielle de la notion de désintérêt manifeste, qui se déduit de l'absence de relations parents-enfants et de l'absence de contribution à l'entretien et à l'éducation du mineur. La seule différence entre les deux concepts consisterait à faire de la volonté parentale un élément non déterminant du désintérêt manifeste ou plutôt du désintérêt parental.

2/ Les imperfections des différents projets de définition du délaissement parental

41. Un critère insuffisant pour exclure l'exigence de volonté ? – L'introduction du critère du délaissement parental en remplacement de celui du désintérêt manifeste ne garantit pas une interprétation jurisprudentielle objective de ce concept. Il est effectivement possible que la Cour de cassation exige un délaissement parental volontaire malgré les intentions du législateur⁴. Elle a par ailleurs jugé « *qu'une déclaration judiciaire d'abandon exige que l'enfant ait été délaissé par ses deux parents* » et « *que les énonciations relatives au père ne suffisent pas à caractériser son désintérêt manifeste* »⁵. L'emploi du terme « délaissement » par la Haute cour permet de penser qu'elle exigera un élément de volonté dans la mise en œuvre du délaissement parental tel que défini par le projet d'article 381-1 du Code civil ou par le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption ». En effet, dans cette espèce la Cour de cassation a cassé l'arrêt faisant droit à la requête en déclaration judiciaire d'abandon, car la cour d'appel a énoncé que « *la mère a manifesté un désintérêt important depuis plusieurs années et que le père a signé, le 4 avril 1997, une lettre de consentement à l'adoption, conscient de ne pas pouvoir assumer son rôle de père* ». Elle n'aurait donc pas suffisamment caractérisé le délaissement conscient et volontaire du père alors qu'il avait manifesté sa volonté d'abandonner l'enfant. Dans ce cas, la réforme législative envisagée de la déclaration judiciaire d'abandon n'aura modifié en rien les conditions de sa mise en œuvre. Il serait dès lors envisageable d'exclure explicitement l'exigence de volonté au projet d'article 381-1 du Code civil. En outre, dans la définition proposée par le

¹ *Infra.* § 269.

² *Proposition de loi n° 3739 (rectifiée) sur l'enfance délaissée et l'adoption, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*

³ *Proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture, texte n° 881 « petite loi », Doc. AN, XIII^{ème} législature.*

⁴ En ce sens : NEIRINCK (C.), « Du désintérêt manifeste au délaissement », *Dr. famille*, 2012, repère n° 4.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}. 6 mai 2003, n° 01-10.849. Voir également : CA Lyon, 17 septembre 2013, RG n° 13/00760.

groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption », la référence au fait que les parents aient pu être empêchés par un tiers d'exercer les actes ou d'avoir des relations nécessaires au développement physique, psychologique et affectif pourrait réintroduire implicitement et indirectement l'exigence de volonté¹. En ce sens, la Cour de cassation admet qu'il ne peut y avoir de désintéret manifeste si celui-ci résulte du comportement d'un tiers qui fait obstacle aux relations entre l'enfant et ses parents². Autrement dit, les obstacles élevés par ce tiers enlèvent au désintéret manifeste des père et mère ses caractères de conscience et de volonté. Par conséquent, l'abstention des parents ne résulte pas de leur volition. La référence au comportement éventuel d'un tiers permet de supposer qu'il n'y a de délaissement que s'il est volontaire. La lecture *a contrario* de cette proposition montre en effet, que si les parents n'ont pas été empêchés par un tiers d'avoir des liens avec l'enfant, le délaissement ne peut être qu'intentionnel.

42. Une définition du délaissement parental inachevée. – La définition du délaissement parental semble incomplète. En effet, si « *la protection et l'éducation de l'enfant sont les raisons d'être de l'autorité parentale* »³, les père et mère doivent participer à l'entretien de leur progéniture. L'autorité parentale se définit « *comme l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère quant à la personne et quant aux biens de leurs enfants mineurs non émancipés, afin d'accomplir les devoirs de protection, d'éducation et d'entretien qui leur incombent* »⁴. Ce « *devoir parental d'entretien constitue l'aspect patrimonial de l'autorité parentale* »⁵, même si cette obligation découle en réalité et directement de l'établissement du lien de filiation⁶. Le délaissement parental pourrait être caractérisé toutes les fois où les parents, outre leur absence sur un plan éducatif, n'ont pas contribué à l'entretien de l'enfant. Lorsque les parents s'abstiennent de « *satisfaire les besoins matériels essentiels de l'enfant (nourriture, vêtements, chauffage, logement, soins médicaux et chirurgicaux à donner à un enfant malade) et ses besoins d'ordre moraux et intellectuels (frais d'études et de formation intellectuelle)* »⁷, il y aurait un délaissement de leur part.

¹ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 68.

² Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 285 – Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 347 ; *Dr. famille*, 1998, comm. n° 14, note MURAT (P.) (un manque de moyens matériels est également relevé) – Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 1999, n° 97-05.002.

³ GOUTTENOIRE (A.), « Autorité parentale : attributs », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.51.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), « Autorité parentale : définition, sources et nature », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 232.11.

⁵ REBOURG (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 311.43.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 135.

⁷ REBOURG (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 311.51.

Il paraîtrait cohérent d'introduire dans le projet d'article 381-1 du Code civil la référence à l'obligation d'entretien, qui constitue indéniablement un critère objectif du délaissement parental. Cela est d'autant plus vrai que la déclaration judiciaire d'abandon rend de plein droit l'enfant adoptable, en raison de son admission en qualité de pupille de l'Etat¹. Par conséquent, seule cette mesure peut mettre fin à l'obligation d'entretien des parents par la rupture du lien de filiation en cas d'adoption plénière². Le délaissement parental pourrait donc être déterminé par référence à l'article 371-2 du Code civil, étant donné que l'autorité parentale oblige les parents à satisfaire les droits naturels de l'enfant, c'est-à-dire sa protection, son éducation et son entretien³.

Le projet de définition du délaissement parental ne manifeste pas suffisamment l'idée que l'autorité parentale est une fonction dévolue aux parents dans l'intérêt de l'enfant. En ce sens, il a été décidé de « *ne pas qualifier le développement, afin d'inclure toutes ses dimensions (physique, psychique, intellectuel, affectif, social...)* »⁴. Pourtant, d'autres dispositions du Code civil ou du Code de l'action sociale et des familles qualifient la notion de développement par les adjectifs physique, affectif, intellectuel et social⁵. De même, l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles précise que « *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 décisions le concernant* ». C'est pourquoi il semblerait pertinent de qualifier le développement dans la définition du délaissement parental afin de prendre concrètement en considération l'intérêt supérieur de l'enfant.

43. Une autre définition du délaissement parental. – Le délaissement parental pourrait être défini de cette manière dans le projet d'article 381-1 du Code civil issu de la « *petite loi* » sur *l'enfance délaissée et l'adoption*⁶ : « un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont contribué par aucun acte à son éducation, à son entretien ou à son développement physique, psychologique, affectif, intellectuel et social ou au maintien de relations avec celui-ci »⁷. Une

¹ Art. L. 224-4, 6° C. act. soc. et fam.

² En principe « *les événements qui affectent l'autorité parentale n'influencent pas directement l'obligation d'entretien* » (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). En cas d'adoption simple, « *les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant* » (art. 367 C. civ.). L'obligation alimentaire des parents biologiques ne disparaît pas, mais elle est subsidiaire. Cela démontre l'importance de l'obligation d'entretien qui est mis à leur charge.

³ En ce sens : YOUNG (D.), *op. cit.*, Paris : PUF, 2002, p. 18.

⁴ TABAROT (M.), *Rapport n° 4330 précité*, *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, p. 56.

⁵ Art. 375 C. civ. ; art. L. L. 221-1, 1° C. act. soc. et fam.

⁶ *Proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption*, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture, texte n° 881 « *petite loi* », *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature.

⁷ La suppression du délai d'un an permettrait de définir le délaissement indépendamment de la déclaration judiciaire d'abandon. De cette manière, il serait possible d'introduire cette notion à l'article 377 du Code civil pour la

autre définition pourrait néanmoins exclure expressément l'exigence de volonté. Celle-ci serait alors libellée en ce sens : « un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont contribué, volontairement ou non, par aucun acte à son éducation, à son entretien ou à son développement physique, psychologique, affectif, intellectuel et social ou au maintien de relations avec celui-ci ». Les conditions de mise en œuvre de ces mesures s'en trouveraient facilitées puisqu'il ne serait pas impératif de prouver l'existence d'un délaissement volontaire, notamment si un tiers fait obstacle au maintien des liens entre le mineur et ses parents. Au demeurant, admettre que le délaissement peut être involontaire préjudicierait gravement aux droits des familles objectivement en difficulté et pour lesquelles un soutien demeure possible¹, en particulier si l'enfant n'a pas été recueilli par un tiers. C'est pourquoi il est souhaitable que le délaissement parental demeure volontaire au risque de porter atteinte à la vie familiale.

§ 2/ La comparaison de la notion de désintérêt manifeste avec le concept de danger

44. L'indifférence de l'origine du désintérêt manifeste. – La notion de désintérêt manifeste et celle du délaissement parental ne prennent pas en considération l'origine de cet événement². Les circonstances ayant conduit à un désintérêt manifeste sont donc indifférentes³, alors qu'elles sont susceptibles de « tracer le partage entre un soutien social à la famille et une orientation de l'enfant vers une famille adoptive »⁴. Il existe des indicateurs d'improbabilité de retour du mineur dans son milieu familial et/ou de délaissement⁵. Ces indices tiennent à l'enfant⁶

délégation d'autorité parentale. En effet, poser comme postulat que l'enfant est délaissé à l'expiration d'un délai d'un an aboutirait à réintroduire implicitement une condition de délai pour la délégation forcée de l'autorité parentale. L'article 377 serait ainsi rédigé : « Si l'enfant est délaissé par ses parents au sens de l'article 381-1 du présent code ou si ces derniers sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale ». Cette suppression du délai d'un an dans la définition du délaissement parental est d'autant plus justifiée que le projet d'article 381-2 du Code civil contient cette condition dans sa nouvelle rédaction : « tout enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance délaissé par ses parents pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance sans préjudice [...] » (Proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture, texte n° 881 « petite loi », Doc. AN, XIII^{ème} législature, art. 1^{er}).

¹ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, repère n° 4.

² En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, repère n° 4.

³ Le délaissement parental peut pourtant avoir des origines variées : isolement consécutif à une situation de monoparentalité, maladie mentale, difficultés économiques et sociales liées à l'insuffisance des ressources matérielles ou à un surendettement, éloignement ou encore véritable rejet de l'enfant.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, repère n° 4.

⁵ HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, novembre 2009, p. 125-126.

⁶ Maladie ou handicap physique de l'enfant, hospitalisation précoce du mineur, retards de développement, problèmes émotionnels, troubles de l'apprentissage ou du comportement, placement du mineur en bas âge, absence de liens affectifs envers le parent, voire réaction de peur en cas de visite du parent, absence de figure parentale.

et aux parents¹. Ils permettent d'envisager un retour du mineur auprès de sa famille, en particulier s'il n'existe pas de risque de danger dans la cellule familiale. La notion de désintérêt manifeste, qui « paraît a priori dépourvue de tout lien avec le critère du danger menaçant la personne de l'enfant »², peut donc présenter un lien avec celle de danger, tant dans les procédures relatives à la délégation d'autorité parentale et à la déclaration judiciaire d'abandon (A) que dans les procédures d'assistance éducative et de retrait de l'autorité parentale (B).

A/ Les procédures de délégation d'autorité parentale et de déclaration judiciaire d'abandon

45. La délégation de l'autorité parentale en l'absence de recueil de l'enfant. – La loi du 9 juillet 2010³ a supprimé la condition de recueil préalable de l'enfant lorsque c'est un membre de la famille qui sollicite la délégation forcée de l'autorité parentale⁴. Cette exigence ne permettait pas au membre de la famille, présumé proche de l'enfant, de formuler une demande en délégation de l'autorité s'il n'avait pas recueilli l'enfant⁵. La délégation de l'autorité parentale devient donc un moyen de protection efficace de l'enfant victime de sa famille⁶, particulièrement dans un contexte familial fortement perturbé. Par exemple, le décès de l'un des parents et le désintérêt manifeste de l'autre pourra justifier une délégation forcée de l'autorité parentale au profit de grands-parents qui n'ont pas recueilli l'enfant⁷. Cet assouplissement législatif permet de prendre en compte, outre les mineurs recueillis par une tierce personne et dont les parents se désintéressent manifestement, l'enfant délaissé dans sa famille et qui n'a pas été recueilli par un tiers. C'est un élargissement législatif de la catégorie d'enfant délaissé par sa famille. La délégation forcée de l'autorité parentale peut désormais être sollicitée indépendamment du recueil de l'enfant par un tiers, notamment dans des situations où l'enfant se trouverait en danger dans sa

¹ Passé chargé négativement (vécu de délaissement réel ou tacite), mode de vie déviant ou désorganisé, incapacités au plan personnel (limites intellectuelles, problèmes psychiatriques), incapacités parentales chroniques, toxicomanie, alcoolisme, projet de vie ambivalent ou irréaliste à l'égard de l'enfant, absence d'intention claire face au devenir de l'enfant, négation ou non-acceptation initiale de l'enfant, absence de contacts significatifs avec le mineur.

² GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 738.

³ L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JO*, 10 juillet 2010, p. 12762 ; Rect. *JO*, 28 juillet 2010, p. 13955.

⁴ *Contra.* avant 2010 : CA Reims, 1^{er} juin 2010, RG n° 10/00012-15.

⁵ PILLET (F.), *Rapport n° 534, Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, *Doc. Sénat*, 2009-2010, p. 59.

⁶ En ce sens : CORPART (I.), « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr. famille*, 2010, étude n° 28.

⁷ Circ. n° CIV/13/10 du 1^{er} octobre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants et du décret n° 2010-1134 du 29 septembre 2010 relatif à la procédure civile de protection des victimes de violences au sein du couple, texte non paru au *JO*, p. 16.

famille en raison du désintéret manifeste de ses parents. De même, l'enfant délaissé serait également dans une situation de danger malgré son recueil par un tiers. Il semble toutefois exagéré de considérer qu'un enfant remis ou recueilli par un tiers se trouve en danger en raison du désintéret manifeste de ses parents à son égard¹.

46. Le désintéret manifeste : un double danger. – Pour Madame Christelle DELAPORTE-CARRE, l'absence de relations entre l'enfant et ses parents, conséquence du désintéret manifeste, présenterait un double danger pour le mineur². D'une part, le mineur serait en danger en raison du comportement de ses père et mère qui n'assureraient pas sa protection juridique. D'autre part, l'absence de relations parents-enfant serait néfaste à l'équilibre, au développement et à l'épanouissement du mineur. Cette seconde hypothèse doit cependant être nuancée car l'enfant, s'il a été accueilli par un tiers, peut avoir trouvé les conditions nécessaires à la satisfaction de ses besoins fondamentaux physiques, intellectuels, sociaux et affectifs. Le danger serait alors d'une autre nature puisqu'il résulterait de « *l'absence de stabilité sur le plan juridique de l'enfant qui est pris en charge par un tiers n'ayant aucune autorité sur lui* »³. En ce sens, Madame Claire NEIRINCK a affirmé que la délégation d'autorité parentale « *repose sur un constat : la situation dangereuse dans laquelle se trouve le mineur oublié de ses auteurs* »⁴. Cette affirmation semble *a priori* exacte. Si les parents se désintéressent de l'enfant, celui-ci se retrouve sans protection juridique, l'autorité parentale n'étant plus exercée par ses père et mère dans son intérêt. Le désintéret manifeste pourrait donc placer le mineur dans une situation de danger⁵. Pour autant, la délégation forcée n'est possible que si le mineur a été recueilli par un tiers. Or, l'enfant ne serait plus en danger chez le tiers qui l'a recueilli, ce d'autant plus que la délégation permet de transférer l'exercice de l'autorité parentale à ce tiers. Celui-ci sera alors en mesure d'assurer la protection juridique de l'enfant par l'accomplissement des actes relatifs à l'exercice de l'autorité parentale⁶, à l'exception du droit de consentir à l'adoption⁷. Une analyse identique est possible pour la déclaration judiciaire d'abandon qui implique un recueil préalable de l'enfant par un tiers. Si la juridiction civile déclare l'enfant abandonné, elle « *délègue par la même décision les droits*

¹ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 738.

² DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 97.

³ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 97.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 502.

⁵ En ce sens : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 738.

⁶ Cet impératif de protection découle de la nécessité pour la personne en charge du mineur de pouvoir prendre les décisions qui le concerne. Néanmoins, cette protection peut également résulter du besoin d'éviter ou de faire cesser un état de danger, en particulier si la délégation de l'autorité parentale est consécutive à une mesure d'assistance éducative, elle-même justifiée par l'abandon dont l'enfant a fait l'objet (GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 738).

⁷ Art. 377-3 C. civ.

d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié »¹. L'enfant peut aussi être admis en qualité de pupille de l'Etat². Il est donc nécessaire de constater que la protection juridique de l'enfant sera assurée une fois que le désintérêt manifeste aura été constaté par la mesure d'abandon judiciaire voire même avant. En réalité, tout dépendra de la nature du recueil du mineur par le tiers car celui-ci peut être de droit (1) ou de fait (2).

1/ Le recueil de droit de l'enfant par un tiers

47. L'admission de l'enfant à l'ASE. – L'idée que l'enfant recueilli par un tiers puisse être en danger en raison du désintérêt manifeste des parents semble difficilement concevable. Certes, il est victime d'un délaissement de fait suite à son placement en famille d'accueil ou à l'ASE. Néanmoins, le tiers dispose souvent de prérogatives suffisantes pour assurer la protection juridique du mineur. Lorsque les parents confient volontairement leur enfant à l'ASE, ce service est effectivement en mesure d'« *assurer la surveillance et le mode de vie des mineurs* »³ qui lui sont confiés sur un plan moral ou matériel. C'est le sens de l'article L. 221-1, 4° du Code de l'action sociale et des familles. Ce texte permet à l'ASE d'accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant⁴. Cette situation est proche de celle décrite à l'article 373-4 du Code civil. Autrement dit, l'ASE, n'est ni investi de l'exercice de l'autorité parentale ni du pouvoir de direction du mineur, mais la loi l'autorise à accomplir les actes anodins de la vie courante⁵. Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré que « *la décision par laquelle le président du conseil général admet la prise en charge d'un mineur par le service de l'aide sociale à l'enfance du département a pour effet de transférer à ce dernier la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur pendant la durée de sa prise en charge* »⁶. L'ASE pourrait ainsi assurer la protection du mineur, notamment dans le domaine de la santé. En effet, lorsque le mineur relève du service de l'ASE, l'admission dans un établissement de santé est en principe prononcée à la demande de ce service, sauf si le mineur lui a été volontairement confié par une personne exerçant l'autorité parentale. Toutefois, si aucune personne exerçant l'autorité parentale

¹ Art. 350, al. 5 C. civ.

² Art. L. 224-4, 6° C. act. soc. et fam.

³ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *Action et aides sociales*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 336, spé. p. 527.

⁴ Le texte dispose que l'ASE a pour mission de « *pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés au service et veiller à leur orientation, en collaboration avec leur famille ou leur représentant légal* ».

⁵ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1002. Egalement : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 212.

⁶ CE, 3^e et 8^e s.-sect. réunies, 26 mai 2008, *Département des Côtes d'Armor*, n° 290495.

ne peut être jointe en temps utile, l'admission est demandée par le service d'ASE¹. Par conséquent, l'ASE peut protéger la santé de l'enfant si celui-ci nécessite une hospitalisation et que ses parents se désintéressent de lui. Cela est d'autant plus vrai si le consentement des titulaires ne peut être recueilli en raison de leur négligence. Il pourra être procédé à une intervention chirurgicale en urgence². Ce n'est que si des difficultés surviennent que le service saisirait le juge des enfants pour que soient ordonnées des mesures d'assistance éducative, notamment si l'enfant nécessite des soins médicaux particuliers et que le désintérêt manifeste des parents met en danger sa santé³. Dans cette hypothèse, le mineur est en danger en raison du délaissement de ses père et mère, mais le recours au juge permet de limiter les impacts du délaissement sur la vie de l'enfant⁴. Une analyse similaire est possible lorsque c'est le juge des enfants ou le juge aux affaires familiales qui confient l'enfant à un tiers.

48. Le placement du mineur par le juge des enfants. – La procédure d'assistance éducative « *est un dispositif d'aide ou de substitution provisoire et limitée* »⁵ des parents. Lorsque le juge des enfants place le mineur protégé chez un tiers, les parents « *continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure* »⁶. Le tiers aura pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur⁷. Il pourra accomplir tous les actes usuels relatifs à l'éducation et la surveillance de l'enfant, mais il devra solliciter l'accord des parents pour toutes les décisions déterminantes relatives à la vie du mineur, par exemple sa santé ou son orientation scolaire et religieuse. Ainsi, l'admission du mineur dans un établissement de santé, que l'autorité judiciaire, statuant en matière d'assistance éducative, a placé dans un établissement d'éducation ou confié à un particulier, sera toutefois prononcée à la demande du directeur de l'établissement ou à celle du gardien⁸. Le tiers est donc en mesure de donner des soins médicaux à l'enfant, mais il ne peut pas

¹ Art. R. 1112-34, al. 3 C. santé pub.

² Art. R. 1112-35, al. 3 C. santé pub.

³ En outre, lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable du service peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent (art. R. 1112-35, al. 4 C. santé. pub.).

⁴ Le service pourrait néanmoins solliciter une délégation d'autorité parentale afin de procéder à la réalisation des soins médicaux. Le mineur ne serait donc pas en danger puisque le service serait en mesure de protéger sa santé.

⁵ FOISSIER (T.), « Les droits des parents en cas de placement éducatif », *AJ fam.*, 2007, p. 60.

⁶ Art. 375-7, al. 1^{er} C. civ.

⁷ Cass. crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 357. Dans le même sens : Cass. crim., 26 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 124 – Cass. civ. 2^{ème}, 9 décembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 189 – Cass. civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 15 – Cass. crim., 15 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 233 – Cass. civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 129 – Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 157. Egalement : CE, 3^e et 8^e s.-sect. réunies, 13 février 2009, *Département de Meurthe-et-Moselle*, n° 294265.

⁸ Art. R. 1112-34, al. 2 C. santé pub.

faire procéder à une opération chirurgicale sur la personne du mineur¹. En effet, les actes non usuels de l'autorité parentale ne peuvent être accomplis que par les titulaires de cette autorité ou par le tiers avec l'accord systématique des père et mère², ce qui peut aboutir à des situations de paralysie en cas de délaissement parental. C'est la raison pour laquelle « *le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale* »³. Grâce à cette intervention, le législateur garantit la protection du mineur lorsque les parents le négligent, par leur désintérêt manifeste, ou si leur état de santé ne leur permet pas de donner un consentement⁴. L'idée consiste à « *éviter que l'inertie ou l'opposition des parents empêche l'enfant d'accéder à certaines activités ou de bénéficier de certains actes* »⁵, telle une opération chirurgicale⁶. L'absence de consentement des parents à des soins médicaux pourrait effectivement placer le mineur dans une situation de danger. Le tiers semble dès lors en mesure d'assurer la protection du mineur, en ayant, si besoin, recours au magistrat de l'assistance éducative. Cette situation pourrait également justifier une délégation de l'autorité parentale si « *les parents s'abstiennent ou refusent, de façon répétée, d'effectuer des actes importants en application du deuxième alinéa de l'article 375-7* », ce que propose de consacrer la proposition de loi relative à l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture⁷. De cette manière, la protection de l'enfant sera plus efficacement assurée, étant donné qu'un tiers pourra suppléer la famille, sans faire appel au juge des enfants.

49. Le placement du mineur par le juge aux affaires familiales. – Le juge aux affaires familiales dispose du pouvoir de confier l'enfant à un tiers dans des circonstances

¹ Art. L. 1111-2 C. santé pub. ; art R. 1112-35, al. 1^{er} C. santé pub. ; art. 371-1 C. civ.

² Le tiers pourra accomplir tous les actes de 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* ». A l'inverse, l'accord des parents titulaires de l'autorité parentale, en cas de désaccord ou de désintérêt de leur part, ou l'obtention d'une autorisation judiciaire sera nécessaire pour « *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 de leur bien-fondé* » (CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, *Petites affiches*, 28 septembre 2012, n° 195, p. 5, note DOURIS (M.)).

³ Art. 375-7, al. 2 C. civ.

⁴ En ce sens : LARDEUX (A.), *Rapport n° 393, Projet de loi réformant la protection de l'enfance, Doc. Sénat. 2005-2006*, p. 76.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 799.

⁶ En cas d'urgence, le médecin pourra procéder à l'opération (art. R. 1112-35, al. 3 C. santé. pub.).

⁷ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 15.

exceptionnelles¹. Le législateur a ainsi organisé une répartition des pouvoirs entre le tiers, qui a recueilli le mineur, et les parents. Ce partage conduit à une dissociation des attributs de l'autorité parentale entre les père et mère et le tiers². Les parents sont toujours titulaires de l'autorité parentale et continuent à l'exercer selon l'article 373-4 du Code civil. Cependant, « *la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation* »³. Selon Madame Adeline GOUTTENOIRE, le champ des actes que le tiers peut réaliser sur le fondement de l'article 373-4 paraît plus restreint que celui visé à l'article 372-2 du Code civil⁴. Le domaine d'application de l'article 373-4 ne concernerait que l'éducation et la surveillance de l'enfant et non sa personne s'il avait été fait référence à l'article 372-2. L'auteur considère toutefois qu'il faut entendre les termes d'éducation et de surveillance de façon très large, ce qui permet d'inclure la santé du mineur⁵. C'est la solution adoptée par la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale. La référence aux actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant serait supprimée et remplacé par l'expression « *actes usuels de l'autorité parentale* »⁶. L'idée consiste à autoriser expressément le tiers à accomplir « *un acte usuel relatif à la santé de l'enfant* », comme des soins courants⁷. Bien que son rôle se limite « *à la gestion du quotidien* »⁸ du mineur, le tiers pourra assurer la protection effective du mineur délaissé par sa famille. Dans cette situation, il existe également un risque d'entrave ou de paralysie du processus décisionnel⁹, pour l'accomplissement des actes non usuels de l'autorité parentale, en cas de silence des parents qui se désintéresseraient de l'enfant. Dès lors, en l'absence de réaction des père et mère, le tiers pourra saisir le juge aux affaires familiales qui tranchera cette question relative à l'exercice de l'autorité parentale, selon l'intérêt de l'enfant¹⁰. Le recours au juge aux affaires familiales

¹ Art. 373-3 C. civ.

² CARBONNIER (I.), « Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 10, 2013, § 115.

³ Art. 373-4, al. 1^{er} C. civ.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.103.

⁵ Le tiers aurait ainsi la possibilité de faire admettre l'enfant dans un établissement de santé et cela, bien que le mineur n'ait pas été confié par le juge des enfants (art. R. 1112-34, al. 2 C. santé pub. *a fortiori*).

⁶ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 12.

⁷ CHAPDELAINE (M.-A.), *Rapport n° 1925 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 102.

⁸ NEIRINCK (C.), « Autorité parentale – Retrait », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2005, § 44.

⁹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 630 ; MORACCHINI-ZEINDENGERG (S.), « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. famille*, 2010, étude n° 7.

¹⁰ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 630 ; GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.103 ; CARBONNIER (I.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 10, 2013, § 115. Cette compétence découle de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

permettra la prise en compte des besoins du mineur et non l'unique volonté du tiers¹, notamment si ce dernier souhaite procéder à une opération chirurgicale².

Cette proposition a été reprise par le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption ». Les auteurs du rapport ont envisagé une extension des prérogatives du tiers auquel l'enfant est confié par le juge aux affaires familiales³. D'une part, il est proposé que le magistrat puisse énumérer une liste d'actes non usuels que le tiers serait susceptible d'accomplir⁴. Le groupe de travail donne en exemple la situation où le tiers aurait des difficultés à obtenir l'autorisation des parents, ce qui fait indirectement référence à une situation de délaissement du mineur. D'autre part, il est souhaité que le juge aux affaires familiales puisse autoriser le tiers, parent ou non, auquel l'enfant a été confié, à accomplir un acte non usuel de l'autorité parentale. Cette autorisation est cependant conditionnée à la preuve d'un refus abusif ou injustifié, ou d'une négligence des titulaires de l'autorité parentale. Ces éléments démontrent que l'enfant peut être délaissé par ses parents lorsqu'il est confié à un tiers, le désintérêt manifeste des père et mère entraînant alors une situation de paralysie préjudiciable à l'enfant. C'est la raison pour laquelle, le législateur envisage de permettre le juge d'autoriser, à titre exceptionnel, lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, un acte important de l'autorité parentale⁵. Ce dernier serait également compétent pour trancher tout conflit entre le tiers et le ou les parents. Il est néanmoins impératif que l'accomplissement de l'acte non usuel de l'autorité parentale soit rendu nécessaire par l'intérêt supérieur du mineur⁶.

¹ Ce dernier peut solliciter une privation de l'exercice de l'autorité parentale, voire une délégation ou un retrait de l'autorité parentale. Il pourrait également s'adresser au juge des enfants et demander l'ouverture d'une procédure d'assistance éducative si un danger est caractérisé. Dans l'absolu, il pourrait requérir du tribunal de grande instance le prononcé d'une déclaration judiciaire d'abandon.

² En outre, les règles des alinéas troisième et quatrième de l'article R. 1112-35 du Code de la santé publique s'appliquent dans cette hypothèse.

³ En outre, il est envisagé de permettre la saisine du juge aux affaires familiales par le tiers qui souhaite que l'enfant lui soit confié (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 78). En droit positif, il existe un filtre procédural car le tiers doit saisir le procureur de la République afin que celui-ci saisisse le magistrat (art. 373-2-8 et 373, al. 2 C. civ. combinés). La demande d'un tiers qui saisit directement le juge aux affaires familiales est donc irrecevable (Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 38).

⁴ Cette proposition avait déjà été émise par le DEFENSEUR DES ENFANTS « afin de faciliter la prise en charge des enfants par un tiers auquel il est confié de façon plus durable » (DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport annuel 2006, 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*, Doc. fr., 2006, p. 63).

⁵ Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature, art. 12.

⁶ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 78-79.

2/ Le recueil de fait de l'enfant par un tiers

50. La concrétisation d'une situation de fait en situation de droit. – Lorsque l'enfant est victime d'un délaissement parental, « *les ascendants peuvent être amenés à jouer un rôle autre et plus fondamental en se substituant aux parents* »¹. Ils assument souvent la charge de délégataire de l'autorité parentale². En pratique, il arrive fréquemment que les grands-parents recueillent l'enfant afin de remédier aux défaillances parentales, et cela avant toute décision judiciaire. En effet, les grands-parents constituent « *un relais évident après le désintéret des parents* »³. Ils assurent l'éducation et la protection du mineur « *lorsque les parents ne sont plus à même de remplir leur rôle* »⁴ ou qu'ils se désintéressent de l'enfant. Plus précisément, les grands-parents assument la charge éducative, matérielle et affective de l'enfant, mais ils ne peuvent prendre aucune décision importante à son égard. L'enfant est la victime de sa famille car ses grands-parents ne peuvent pas assurer sa protection juridique, ces derniers n'ayant aucune autorité à son égard⁵. La délégation de l'autorité parentale intervient alors pour consolider une situation de fait puisque le recueil du mineur n'est pas consécutif à une décision de justice. En somme, le juge concrétise sur un plan juridique la protection qui était déjà accordée en fait à l'enfant, notamment en cas d'instabilité des parents qui refusent d'exercer leurs responsabilités parentales⁶ ou d'incapacité des parents à s'occuper de l'enfant qui rencontre confort et sécurité auprès de ses aïeux⁷. La décision de justice transforme le recueil de fait de l'enfant en recueil de droit puisque les grands-parents pourront assurer la protection juridique du mineur. En ce sens, une délégation d'autorité parentale a été consentie à une grand-mère afin qu'elle puisse assumer avec plus de facilité la charge de son petit-fils au quotidien, que ce soit pour les actes de la vie civile ou pour les formalités administratives le concernant⁸. Tant que la grand-mère n'avait pas obtenue la délégation de l'exercice de l'autorité parentale, elle ne pouvait donc pas assurer efficacement la protection juridique du mineur, particulièrement en ce qui concerne sa santé⁹.

¹ LAMARCHE (M.), « Substitution des grands-parents aux parents », *AJ fam.*, 2008, p. 141.

² CA Toulouse, 18 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-353549.

³ PHILIPPOT (A.), « Le jeu des grands-parents sur la scène du droit extrapatrimonial de la famille », *RRJ*, 2013-4, p. 1709.

⁴ LEROYER (A.-M.), « L'éducation des petits-enfants par les grands-parents », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

⁵ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 97.

⁶ CA Nîmes, 15 mai 2002, Jurisdata n° 2002-180993.

⁷ CA Lyon, 1^{er} mars 1994, Jurisdata n° 1994-049670.

⁸ CA Nîmes, 15 mai 2002, Jurisdata n° 2002-180993.

⁹ Seule l'urgence aurait pu permettre une opération chirurgicale (art. R. 1112-35, al. 3 C. santé pub.).

51. L'impossibilité de déléguer l'autorité parentale. – Il est parfois impossible de recourir à l'article 377 du Code civil. Les parents peuvent refuser de donner leur consentement à une délégation de leur autorité. Leur désintérêt manifeste peut aussi n'être pas suffisamment grave pour justifier la délégation. Il n'est donc pas envisageable de mettre en œuvre une délégation de l'exercice de l'autorité parentale en tant que mesure « *contractuelle* » ou en tant que « *mesure confiscatoire de l'autorité parentale destinée à protéger l'enfant contre des parents gravement défailants* »¹. Par exemple, la cour d'appel de Saint-Denis a refusé d'accorder une délégation volontaire de l'autorité parentale à la grand-mère chez qui l'enfant est confié depuis l'âge de trois ans². En effet, les parents ont un autre enfant et vivent ensemble. La juridiction du second degré a entendu obliger les parents à assumer leurs responsabilités éducatives à l'égard du mineur. Pour autant, l'intérêt de l'enfant est-il vraiment d'être élevé par des parents qui ne veulent manifestement pas ou plus de lui ? En outre, l'enfant est déjà, dans les faits, pris en charge par sa grand-mère. Par conséquent, il est fort probable que la situation de fait se pérennise, au mépris de la décision rendue, mais l'aïeule ne pourra pas prendre de décisions importantes pour l'enfant. Celui-ci se retrouve dans une situation d'instabilité juridique puisque sa grand-mère ne jouit d'aucune prérogative à son égard. Autrement dit, l'enfant se retrouve en danger dans cette situation. Des solutions ont ainsi été apportées par la jurisprudence pour prendre en considération cette catégorie d'enfant délaissé par leurs parents et pour lesquels une délégation de l'autorité parentale n'est pas toujours possible.

Les magistrats peuvent, à la demande du tiers, aménager l'exercice de l'autorité parentale en application de l'article 373-2-8 du Code civil³. Sur ce fondement, la cour d'appel d'Agen a organisé des modalités d'exercice de l'autorité parentale d'une mère qui réalisent une véritable délégation partielle de cette autorité⁴. Les magistrats du second degré ont constaté que l'enfant vit chez ses grands-parents et qu'elle n'a plus aucun contact avec sa mère. Aussi, la juridiction d'appel a jugé indispensable « *de déléguer certaines prérogatives afin d'assurer la vie quotidienne* » de l'enfant et sa protection juridique. Seules des modalités particulières d'exercice de l'autorité parentale ont été visées : santé, éducation, vie privée avec le contrôle des sorties et enfin activités économiques de l'enfant. Les grands-parents pourront accomplir des actes qui n'ont pas uniquement trait à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, ce qui leur permet de

¹ NEIRINCK (C.), « Délégation partielle de l'autorité parentale à des grands-parents, obs. sous CA Agen, Ire ch., matrimoniale, 11 avr. 2013, n° 12/01488 : JurisData n° 2013-008776 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 103.

² CA Saint-Denis, 20 mars 2007, RG n° 06/01228 ; *Petites affiches*, 3 juin 2009, n° 110, p. 7, note POMART-NOMDEDEO (C.).

³ Le recours à l'article 373-2-8 du Code civil permet d'écarter les inconvénients de l'article 377 du même Code (accord des parents à la mesure ou grave défaillance de leur part) tout en accordant des prérogatives non usuelles de l'autorité parentale au tiers, c'est-à-dire un vrai pouvoir de décision.

⁴ CA Agen, 11 avril 2013, JurisData n° 2013-008776.

prendre en charge concrètement l'enfant. Il est toutefois nécessaire de « *souligner qu'il ne s'agit pas, à proprement parler de "délégation" mais simplement d'un aménagement autour d'actes usuels afin d'assurer la vie de l'enfant* »¹. Le grand-parent qui a recueilli l'enfant en fait peut également solliciter du juge aux affaires familiales qui lui confie le mineur sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil². Ainsi, en application de l'article 373-4 du même Code, l'aïeul pourra accomplir tous les actes relatifs à l'éducation et à la surveillance du mineur, tandis que l'enfant trouvera une stabilité dans un milieu où il est le plus souvent déjà intégré³. Les grands-parents pourraient aussi déclencher une procédure d'assistance éducative en avertissant le procureur de la République du danger encouru par l'enfant⁴. Ils pourraient même invoquer « *un placement de fait* »⁵ pour justifier de leur qualité à agir directement sur le fondement de l'article 375 du Code civil⁶. Pour autant, dès lors qu'ils ne font valoir aucun droit propre distinct de celui de leur fille, des grands-parents ne justifient pas d'un intérêt actuel suffisant pour former tierce opposition à une décision ordonnant la remise des enfants à leur fille, quand bien même ils peuvent se voir confier l'enfant, par application de l'article 375-3, 2° du Code civil⁷. La volonté des grands-parents n'est pas toujours suffisante pour convaincre le juge des enfants⁸. Celui-ci ne peut pas « *être "utilisé" pour régulariser une situation de fait acceptée par tous* »⁹, laquelle implique une intervention du juge aux affaires familiales.

52. Délaissement de l'enfant recueilli et danger. – Il est permis de penser que l'enfant n'est majoritairement pas en danger lorsqu'il est victime d'un délaissement parental après avoir été accueilli par un tiers. Le mineur est effectivement protégé contre ses parents puisqu'il trouve

¹ HAUSER (J.), « Le tiers et l'autorité parentale (Agen, 1^{re} ch., 11 avr. 2013, n° 12/01488 ; Dr. fam. 2013, comm. 103, note Neirinck) », *RTD civ.*, 2013, p. 830. D'un point de vue juridique, il n'est pas possible d'assimiler l'aménagement des prérogatives parentales sur le fondement de l'article 373-2-8 avec la délégation de l'exercice de l'autorité parentale de l'article 377.

² CA Nancy, 30 septembre 1991, Jurisdata n° 1991-052441 – CA Douai, 12 décembre 1997, Jurisdata n° 1997-047053 – CA Nîmes, 25 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-298021.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 12 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n° 282 – CA Paris, 6 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-025096 – CA Nancy, 30 septembre 1991, Jurisdata n° 1991-052441 – CA Poitiers, 9 juillet 1992, Jurisdata n° 1992-046336 – CA Nancy, 5 mai 1995, Jurisdata n° 1995-044250 – CA Pau, 12 décembre 1995, Jurisdata n° 1995-0517000 – CA Agen, 11 octobre 2007, RG n° 06/01410 – CA Grenoble 27 avril 2010, RG n° 08/02087 – CA Reims, 7 mai 2010, RG n° 09/02225 – CA Pau, 26 juillet 2011, Jurisdata n° 2011-021861.

⁴ La complexité de la procédure devant le juge aux affaires familiales pourrait les y inciter. En application de l'article 373-2-8 du Code civil, ils doivent saisir le ministère public qui saisira le magistrat du siège (CA Nancy, 23 mai 2008, RG n° 06/022987 – Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 38).

⁵ Cela suppose que les grands-parents aient préalablement recueilli leurs petits-enfants (en ce sens : LAMARCHE (M.), précité, *AJ fam.*, 2008, p. 141 ; LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37).

⁶ Sur ces éléments : GEBLER (L.), « Le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et les grands-parents : aspects procédurals », *AJ fam.*, 2008, p. 144.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2006, n° 05-05.005.

⁸ BOSSE-PLATIÈRE (H.), « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP G.*, 1997, I, 4030.

⁹ GEBLER (L.), précité, *AJ fam.*, 2008, p. 144.

auprès du tiers une sécurité et une certaine stabilité, ses besoins fondamentaux pouvant par ailleurs être satisfaits¹. Il n'en demeure pas moins que ce délaissement parental peut susciter des difficultés pour la prise en charge quotidienne du mineur, mais l'appel au juge permet, dans l'ensemble, de protéger le mineur. En réalité, la principale difficulté peut résulter de la protection de la santé du mineur si le tiers ne dispose pas des prérogatives suffisantes pour donner des soins à l'enfant. Dans ce cas, la santé de l'enfant peut être en danger.

B/ Les procédures de retrait d'autorité parentale et d'assistance éducative

53. Le désintérêt manifeste et la procédure d'assistance éducative. – Le désintérêt manifeste des parents intervient en matière d'assistance éducative puisqu'il permet de mettre en évidence une situation de danger. C'est notamment le cas lorsque l'investissement éducatif des parents n'est pas établi² ou en raison d'un abandon moral ou affectif de l'enfant³. Ces hypothèses se retrouvent par ailleurs dans des situations où la catégorie d'enfant en danger n'apparaît qu'implicitement en raison de l'utilisation de notions voisines⁴. Le critère du danger constitue ici « *une sorte de passerelle entre la procédure d'assistance éducative et celle de retrait* »⁵. L'article 378-1 du Code civil permet de prononcer le retrait de l'autorité parentale lorsque les parents n'exercent pas pendant deux ans les droits que leur laisse l'article 375-7 du Code civil et que l'enfant a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative. Le danger ne serait donc pas absent de cette situation de délaissement parental. Il en constituerait le fondement implicite⁶, car c'est le danger qui a justifié la mesure d'assistance éducative et les parents mettraient le mineur dans une situation dangereuse en ne maintenant pas les liens familiaux.

¹ Le fait que le mineur soit pris en charge par un tiers permet de penser que, malgré le désintérêt manifeste que lui portent ses parents, sa santé, sa sécurité ou sa moralité ne sont pas en danger, ou que les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social ne sont pas gravement compromises.

² CA Riom, 12 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-106045 – CA Riom, 4 juillet 2000, Jurisdata n° 2000-119293 – CA Riom, 12 février 2002, Jurisdata n° 2002-176851.

³ CA Angers, 12 décembre 1990, Jurisdata n° 1990-052105 – CA Riom, 8 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106052 – Cass. civ. 1^{ère}., 10 mars 1993, n° 91-05.079.

⁴ *Infra*. § 80. Pour les motifs graves : Cass. civ. 1^{ère}., 3 avril 2001, n° 99-19.143 – CA Paris, 27 juin 2002, Jurisdata n° 2002-187611 – CA Toulouse, 13 mars 2003, *JCP G.*, 2004, IV, 1178 – CA Montpellier, 6 octobre 2009, RG n° 08/04014 – Cass. civ. 1^{ère}., 4 novembre 2010, n° 09-15.165 ; *contra*. : CA Basse-Terre, 27 octobre 2008, Jurisdata n° 2008-376768. Pour les circonstances exceptionnelles : CA Pau, 19 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040817 – CA Aix-en-Provence, 28 septembre 2004, Jurisdata n° 2004-281875 – CA Nîmes, 25 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-298021 – CA Agen, 11 octobre 2007, RG n° 06/01410 – CA Toulouse, 26 mai 2011, Jurisdata n° 2011-015483 ; *contra*. : CA Paris, 6 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-02044.

⁵ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 95.

⁶ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 598 ; DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 95.

54. Le désintérêt manifeste et la procédure de retrait de l'autorité parentale. – Le désintérêt total du parent peut être considéré comme une source de danger¹. La cour d'appel de Nîmes dans un arrêt du 12 février 2009 a illustré l'idée que le désintérêt manifeste d'un parent puisse constituer un danger pour le mineur². La juridiction du second degré a prononcé le retrait de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 378-1 du Code civil dans une espèce où le père n'avait plus de relation avec son enfant, âgé de quatre, quasiment depuis sa naissance. La cour d'appel relève que l'enfant n'a jamais eu de nouvelle de son père et que cet abandon matériel et affectif total du père biologique constitue un danger psychologique avéré pour l'enfant placé dans une situation différente de sa petite sœur, pour laquelle le père est présent. Elle ajoute que le mineur grandit sans aucun soin ni affection de son père biologique. Dès lors, ce défaut de soins et de prise en charge de l'éducation de son fils met manifestement en danger la santé psychologique de l'enfant par l'incompréhension, le sentiment d'abandon et de culpabilité qu'il suscite chez ce dernier. La cour d'appel de Nîmes s'est prononcée dans le même sens le 18 décembre 2008³. Les magistrats ont relevé que la mineure, âgée de six ans, n'a aucun lien affectif avec son père biologique, qui s'est désintéressé d'elle depuis l'âge de dix-huit mois. Le père ne lui a prodigué aucun soin, n'a pris aucune initiative pour la voir ou lui écrire et n'a exercé aucun de ses droits et devoirs. Le manque de soins et le désintérêt persistant du père à l'égard de sa fille génèrent pour celle-ci un danger psychologique manifeste en suscitant chez celle-ci une grande incompréhension et des questionnements à l'égard de celui qui est officiellement son père, et auxquels elle ne peut répondre que par un sentiment de culpabilité. Le désintérêt manifeste des parents est donc susceptible de constituer un danger pour le mineur, mais il est nécessaire que les magistrats démontrent son existence quand ils prononcent un retrait de l'autorité parentale⁴. Cela signifie que les juridictions devront prouver l'existence du désintérêt manifeste et le danger consécutif au délaissement⁵.

¹ GOUTTENOIRE (A.), « Autorité parentale : limites », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.31. En ce sens également : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 93.

² CA Nîmes, 12 février 2009, RG n° 08/00173.

³ CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108.

⁴ *Infra.* § 110. Dans deux autres espèces, il n'a pas été démontré que le désintérêt du père mettait manifestement en danger l'enfant. Les juges ont en outre ajouté qu'un seul risque d'une mise en danger ne suffit pas pour déclencher le retrait d'autorité parentale (CA Riom, 16 décembre 2003, RG n° 03/02126 – CA Riom, 16 décembre 2003, RG n° 03/01713). De la même manière, la cour d'appel de Bordeaux a refusé de retirer l'autorité parentale à un père qui avait abandonné matériellement et moralement son enfant depuis la naissance, dès lors que le mineur n'était manifestement en danger, ni sur le plan psychologique, ni sur le plan moral, en raison des qualités de la mère (CA Bordeaux, 1^{er} février 1979, Jurisdata n° 1979-070175).

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 17 décembre 1991, n° 91-05.030 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1995, n° 92-15.579.

L'abstention ou le désintérêt des parents peuvent fonder un retrait de l'autorité parentale, mesure de protection des mineurs inclus dans la catégorie classique de l'enfant en danger¹. L'affirmation de Madame Claire NEIRINCK selon laquelle l'oubli de l'enfant par ses parents peut constituer un danger pour le mineur prend alors tout son sens². Au demeurant, si le désintérêt manifeste de la mère à l'égard des deux enfants depuis leur naissance peut caractériser le manque de soins ou le manque de direction visés à l'article 378-1 du Code civil, il n'est pas nécessairement démontré que ce défaut d'intérêt ait mis manifestement en danger les enfants. Au contraire, ils évoluent tout à fait favorablement et paraissent en bonne santé morale et physique. Un retrait de l'autorité parentale n'est donc pas justifié³. Dès lors, le désintérêt manifeste du parent ne constitue pas nécessairement un danger pour le mineur au sens de l'article 378-1, ce d'autant plus si la satisfaction des besoins fondamentaux de l'enfant est assurée. Il peut néanmoins constituer un élément parmi d'autres pour justifier le retrait de l'autorité parentale⁴.

55. La perméabilité de la catégorie d'enfant délaissé avec la catégorie d'enfant en danger. – La notion du désintérêt manifeste des parents est un critère subjectif qui laisse part à une certaine appréciation souveraine des juges du fond. C'est la raison pour laquelle la catégorie d'enfant délaissé n'est pas perméable et qu'elle peut s'enchevêtrer avec celle d'enfant en danger. Il existe une absence de frontière nette entre ces deux catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles, bien que la catégorisation opérée permette d'orienter l'enfant vers le dispositif de protection le plus efficace. Cette similitude dans les situations rencontrées permet de penser qu'il n'existerait qu'une seule catégorie de mineur à protéger et un seul critère d'intervention : l'enfant victime de sa famille. Cette idée est renforcée quand l'analyse de la situation de l'enfant délaissé par sa famille conduit à une mise en péril de l'enfant par sa famille.

¹ CA Paris, 27 juin 1991, Jurisdata n° 1991-022650 (dans cette espèce, les mineurs n'étaient manifestement pas en danger car ils avaient trouvé au nouveau foyer du père les soins, la sécurité et l'équilibre nécessaires à leur développement) – CA Riom, 22 novembre 1993, Jurisdata n° 1993-047596 (le père a reconnu tardivement son fils, n'a jamais contribué à son entretien et n'a jamais cherché à le revoir après sa sortie de prison ; or, l'enfant est élevé chez sa mère auprès de laquelle, il n'encourt aucun danger).

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 502.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 23 avril 2003, n° 02-05.033 ; *JCP G.*, 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN (A.).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 29 mai 2001, n° 99-05.015 (dans cette espèce, les enfants étaient en danger non seulement en raison du désintérêt manifeste du père mais aussi parce qu'ils ne pouvaient qu'être profondément troublés par le maintien imposé de relations avec le meurtrier de leur mère). Voir également : CA Lyon, 29 mai 2001, Jurisdata n° 2001-154470 – CA Montpellier, 18 avril 2007, Jurisdata n° 2007-341291.

Section 2. Les mises en péril de l'enfant par sa famille

56. La comparaison entre les notions de péril et de danger. – Selon l'usage linguistique courant, le péril est un état où il y a quelque chose de fâcheux à craindre, une situation où un individu est menacé de quelque chose de funeste¹. A l'origine le danger et le péril avaient des sens distincts, mais la notion de danger s'est rapprochée de celle du péril au point de s'y confondre. En effet, le péril peut se caractériser comme la « *situation dans laquelle se trouvent quelqu'un ou quelque chose dont l'existence même est menacée* » ou le « *danger qui menace l'existence de quelqu'un ou de quelque chose* »². La définition du concept de péril renvoie donc expressément à la notion du danger. En outre, le danger se définit également par référence à une menace qui compromet l'existence de quelqu'un ou de quelque chose³. Des différences subsistent cependant entre les deux concepts. D'une part, le péril se situe temporellement après le danger⁴. D'autre part, il dégage l'idée d'un danger plus grand⁵. En ce sens, le péril serait un « *danger imminent et grave ; [une] situation à hauts risques qui menace une personne (dans sa sécurité, sa santé, etc.) [...] et crée un état d'urgence* »⁶. Malgré ces dissemblances, les deux notions paraissent aujourd'hui synonymes⁷. Un parallèle peut ainsi être réalisé avec le critère du danger, qui permet de déterminer une catégorie classique d'enfant victime de sa famille. Si la santé, la sécurité ou la moralité du mineur sont en danger ou risque de l'être, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises ou risquent de l'être⁸, il est possible d'admettre que l'enfant se trouve dans une situation de péril. La mise en péril de l'enfant, résultant d'un délaissement parental, pourrait alors placer le mineur dans une situation de danger dans sa famille.

¹ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, 1874, V° péril.

² *Le Petit Larousse illustré*, V° péril.

³ *Le Petit Larousse illustré*, V° danger et *infra*. § 83.

⁴ MARRION (B.), *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Nancy 2, 2010, § 285.

⁵ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, 1874, V° danger.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° péril. Voir également en ce sens : PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *Droit pénal spécial, droit commun, droit des affaires*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 161.

⁷ Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence retient la notion de danger comme celle de péril pour condamner des individus sur le fondement de l'article 223-6, alinéa second du Code pénal (Cass. crim., 17 février 1972, *Bull. crim.*, n° 68 – Cass. crim., 10 mars 1993, n° 92-84.708, *Dr. pénal*, 1993, comm. n° 151, obs. VERON (M.) – Cass. crim., 26 mars 1997, n° 94-80.239 – CA Rouen, 14 novembre 2005, Jurisdata n° 2005-305097 – CA Rouen, 22 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-354733).

⁸ Art. 375 et 378-1 C. civ. ; art. L. 221-1, 1°, L. 221-1, 5°, et L. 226-2 C. act. soc. et fam.

57. Un concept qualifié de nouveau¹. – Les rédacteurs du Code pénal de 1994 ont entendu assurer une protection efficace du mineur victime d’une infraction, en particulier lorsque cette infraction est commise par un membre de sa famille. C’est la raison pour laquelle ils ont créé un concept nouveau : la mise en péril du mineur². Sous cet intitulé, le Code pénal regroupe des infractions susceptibles de porter atteinte à la santé, la sécurité et la moralité du mineur³ en raison d’un comportement délictueux spécifique. L’attitude du parent a pour conséquence de placer l’enfant dans une situation familiale ou personnelle dangereuse⁴. Autrement dit, les textes sanctionnent « *le fait de donner naissance à un péril pour l’intégrité corporelle d’autrui* »⁵. Le Code pénal a ainsi organisé une répression particulière de la création d’un péril pour l’intégrité corporelle d’un mineur⁶, celle-ci pouvant se manifester par une abstention des parents, c’est-à-dire un désintéret manifeste. Les infractions relatives à la mise en péril sont principalement prévues dans une section 5, « *de la mise en péril des mineurs* », d’un chapitre VII « *des atteintes aux mineurs et à sa famille* »⁷ du Code pénal. Pour autant, toutes les infractions de mise en péril du mineur ne sont pas insérées dans cette section du Code pénal. C’est notamment le cas pour le délit de délaissement de mineur prévu à l’article 227-1 du Code pénal, et dont l’emplacement dans ce Code « *relève d’une logique mystérieuse* » selon Monsieur Philippe CONTE⁸. Cette disposition figure dans une section 1, « *du délaissement de mineur* » du même chapitre VII de Code. Or, l’incrimination tend à protéger prioritairement la santé et la sécurité de la victime. Il vise donc à réprimer tous les comportements qui exposeraient le mineur à un péril, en particulier ceux résultant d’une violation des obligations liées à l’autorité parentale. Par conséquent, les infractions punissant la mise en péril du mineur seraient plus larges que celles formellement prévues par le Code pénal. Elles se traduisent par un abandon (§ 1) du mineur ou une privation de soins ou d’aliments (§ 2), car dans l’une ou l’autre hypothèse les parents se désintéressent du mineur au point de compromettre sa santé, sa moralité ou sa sécurité.

¹ RENUCCI (J.-F.), *Le droit pénal des mineurs*, Paris : Masson, 1994, p. 59.

² RENUCCI (J.-F.), *ibid.*, Paris : Masson, 1994, p. 59 ; BOURRAT-GUEGUEN (A.), « Violation des prérogatives familiales », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 621.120.

³ RENUCCI (J.-F.), *ibid.*, Paris : Masson, 1994, p. 59 ; ROUJOU DE BOUBEE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.), MAYAUD (Y.), *Code pénal commenté, Article par article, Livres I à IV*, Paris : Dalloz, 1996, p. 482.

⁴ ROUJOU DE BOUBEE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.), MAYAUD (Y.), *ibid.*, Paris : Dalloz, 1996, p. 482-483.

⁵ CONTE (P.), *Droit pénal spécial*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 91.

⁶ En ce sens : CONTE (P.), *ibid.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 114.

⁷ Ce chapitre VII appartient au titre II (« *des atteintes à la personne humaine* ») du livre II du Code pénal.

⁸ CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 122. En ce sens : BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 621.121 ; ALT-MAES (F.), « Délaissement de mineur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, fasc. 20, 2009, § 1.

§ 1/ L'abandon du mineur par sa famille

58. Des infractions de commission ou d'omission. – L'exigence d'un élément matériel de l'infraction a conduit le législateur à incriminer des actes de commission, c'est-à-dire un comportement positif. Au demeurant, une attitude passive peut avoir des conséquences identiques pour le mineur en raison de sa particulière vulnérabilité¹. C'est la raison pour laquelle la loi réprime, dans certaines situations, l'abstention. L'infraction d'omission peut se rencontrer toutes les fois où il existe « *une obligation d'agir à la charge d'autrui et que cette violation est punie d'une peine* »². Or, les parents ont l'obligation de protéger, nourrir et d'éduquer leurs enfants³. Ces devoirs découlent de l'autorité parentale et de la qualité de parent qui y est attachée. Dès lors, les parents abandonneraient leur progéniture lorsqu'ils manqueraient à leurs obligations. Il est donc possible de regrouper plusieurs incriminations autour de l'idée plus générale d'abandon de l'enfant⁴. Cet abandon du mineur par sa famille, qui peut être moral, matériel, physique, pécuniaire ou éducatif, résulterait d'un délaissement du mineur dans un lieu quelconque (A) ou d'une soustraction du parent à ses obligations légales (B).

A/ L'abandon physique de l'enfant : le délaissement de mineur dans un lieu quelconque

59. L'évolution de l'infraction de délaissement de mineur. – A l'origine, les rédacteurs du Code pénal de 1810, afin de lutter contre l'exposition d'enfants et notamment les nouveau-nés, avaient incriminé l'abandon d'un mineur de sept ans. La loi des 5 et 19 avril 1898 relative à la répression des violences, voies de fait et acte de cruauté commis contre les enfants avait supprimé la condition d'âge. L'incrimination avait été étendue à tous les mineurs. Aujourd'hui, le Code pénal distingue deux infractions : le délaissement d'un mineur de quinze ans dans un lieu quelconque, prévu à l'article 227-1 et le délaissement dans un lieu quelconque d'une personne, qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, organisé à l'article 223-3. Le texte de l'article 223-3 du Code pénal est plus large que celui de l'article 227-1, mais il n'est pas applicable aux mineurs de quinze ans. Cette catégorie d'enfant bénéficie d'une disposition spéciale. Pour autant, l'article 223-3 peut trouver à s'appliquer pour les mineurs de plus quinze ans. Ainsi, l'article 227-1 poserait une présomption de vulnérabilité

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1589.

² DREYER (E.), *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Paris : Litec, 2012, § 625.

³ En ce sens : YOUNG (D.), *op. cit.*, Paris : PUF, 2002, p. 18.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1589.

liée à l'âge¹. Autrement dit, le mineur de quinze ans est présumé ne pas être en mesure d'assurer seul sa propre sécurité, ce qui dispense de rapporter la preuve de l'incapacité de la victime à se protéger seule². L'âge est donc une composante de l'infraction.

60. Un délaissement volontaire et définitif. – Le délaissement n'a pas été défini par le Code pénal, mais il tend à « sanctionner celui qui, chargé d'une personne fragile, s'en défait, au risque de mettre en péril sa santé et sa sécurité »³. Il peut être caractérisé par le fait que « la victime – un mineur de quinze ans en l'occurrence – est présumée s'être trouvée dans l'impossibilité d'assurer sa propre sécurité et ne peut compter que sur un tiers pour la prendre en charge »⁴. Le délaissement est un délit de commission, ce qui implique un acte positif d'abandon définitif. Le parent doit avoir la volonté d'interrompre les soins, la surveillance et les secours dus à l'enfant⁵. Il se soustrait intentionnellement à ses obligations légales⁶. La Cour de cassation a effectivement jugé à propos de l'article 223-3 du Code pénal que « le délit de délaissement suppose un acte positif, exprimant de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime »⁷. Le délaissement suppose un abandon effectué dans le but de se soustraire à l'obligation de prendre soin de l'enfant, sans esprit de retour⁸.

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 227-1 du Code pénal permet d'écarter son application dans des situations provoquées par une erreur des parents⁹. Par exemple, il ne peut pas y avoir de délaissement pour une mère qui n'a pas signalé la disparition de sa fille, âgée de trois ans, qui, après avoir échappé à sa surveillance, s'est éloignée et vagabondait seule sur la voie publique. Les circonstances de cette espèce font apparaître un défaut de surveillance du parent et une négligence, mais elles ne traduisent pas une volonté délibérée de ce dernier de se soustraire de manière définitive à ses obligations¹⁰. Dans le même sens, le fait pour une jeune mère déprimée et dépassée par ses fonctions parentales d'être sortie durant près de deux heures en

¹ ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, fasc. 20, 2009, § 8. En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1638.

² Pour les mineurs de plus de quinze ans, il n'existe pas de présomption de vulnérabilité. Cela suppose de démontrer qu'ils n'étaient pas en mesure de se protéger seuls.

³ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 621.131.

⁴ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.), MAYAUD (Y.), *op. cit.*, Paris : Dalloz, 1996, p. 445.

⁵ Le Code pénal est indifférent à la qualité de l'auteur de l'infraction. Toute personne peut se rendre coupable de l'infraction prévue à l'article 227-1 du Code pénal indépendamment de ses liens avec le mineur. Dans les faits, ce sont toutefois les parents ou un des membres de la famille qui commettent le délaissement. Ils sont particulièrement visés par l'incrimination.

⁶ ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, fasc. 20, 2009, § 19.

⁷ Cass. crim., 23 février 2000, *Bull. crim.*, n° 84 – Cass. crim., 13 novembre 2007, *Bull. crim.*, n° 273 – Cass. crim., 9 octobre 2012, *Bull. crim.*, n° 213.

⁸ Cass. crim., 14 janvier 1943, *Bull. crim.*, n° 3.

⁹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1593.

¹⁰ CA Paris, 29 juillet 1982, *Rev. Pénit.*, 1984, p. 100, note AUBY (J.-M.).

laissant seules ses deux filles, âgées de trois ans et demi et dix-huit mois, dont l'une s'est dangereusement penchée par la fenêtre pendant son absence ne caractérise pas un délaissement. Si elle a commis une grave négligence en laissant ses enfants sans surveillance, son comportement ne traduit pas une volonté délibérée d'abandonner définitivement ses enfants et de se soustraire à ses obligations légales¹.

61. Les circonstances du délaissement : l'exposition à un risque. – L'article 227-1 du Code pénal incrimine le délaissement du mineur dans un lieu quelconque. Pour autant, « *le lieu du délaissement n'est pas indifférent car il peut intervenir dans les circonstances de l'abandon, afin de déterminer si la santé ou la sécurité de l'enfant ont pu être assurées* »². Le texte punit le délaissement « *sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci* »³. *A contrario*, cela signifie que les circonstances du délaissement peuvent exposer l'enfant à un risque pour sa santé ou sa sécurité s'il est privé de toute assistance, de soins, de surveillance ou de secours en raison de l'abstention de ses auteurs. Toutes les formes d'abandon sont incluses dans l'incrimination. Il faut que le mineur soit exposé à un péril⁴. Il s'agit donc bien d'une « *infraction de mise en danger qui peut provoquer un dommage* »⁵. Dans une espèce, les juges du second degré ont ainsi démontré que l'agent a exposé le nouveau-né à un péril et à des risques certains. Ils ont mis en évidence « *un délaissement de nature à compromettre la santé ou la sécurité du mineur, dès lors que le bébé atteint de bronchiolite, n'a été découvert que le lendemain en état d'hypothermie* »⁶. Les magistrats devront prouver que l'individu a conscience du risque auquel il expose l'enfant et de l'impossibilité de ce dernier à se protéger seul. Concrètement, le parent doit se désintéresser intentionnellement de l'enfant « *au point d'accepter que sa santé et sa sécurité soient menacées* »⁷. Il doit avoir la volonté

¹ CA Montpellier, 22 février 2007, Jurisdata n° 2007-326901.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1595.

³ Cette exception a été ajoutée à l'article 227-1 par la loi du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance (L. n° 89-487 précitée). Elle n'existe pas pour le délaissement de l'article 223-3 du Code pénal même si elle pourrait être étendue par le biais d'une analogie *in favorem* (GOUTTENOIRE (A.), « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 18). L'adage « *l'exception est d'interprétation stricte* » semble néanmoins faire obstacle à cette extension. L'exception prévue à l'article 227-1 doit être comprise strictement dans les limites de ce texte, car elle provoque une soustraction à l'application normale de la règle de droit et donc de la sanction pénale.

⁴ Le délaissement de mineur est une infraction formelle, mais dans l'hypothèse où le risque se réalise, la sanction sera aggravée. Puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende (art. 227-1 C. pén.), le délaissement sera puni de vingt ans de réclusion criminelle s'il entraîne une mutilation ou une infirmité permanente du mineur et de trente ans de réclusion criminelle s'il est suivi de la mort du mineur (art. 227-2 C. pén.). Le résultat du comportement incriminé est donc une circonstance aggravante de l'infraction.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 36. En ce sens : ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, fasc. 20, 2009, § 14.

⁶ CA Paris, 9 mars 2006, Jurisdata n° 2006-310885.

⁷ ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, fasc. 20, 2009, § 20.

d'abandonner l'enfant tout en sachant qu'il est exposé à un péril. L'infraction ne sera pas caractérisée si l'enfant a déjà été recueilli par un tiers et que ses parents se désintéressent de lui¹, ou encore s'il a été abandonné dans un hôpital ou une crèche.

Lorsque l'enfant a été abandonné dans des circonstances permettant de garantir sa santé et sa sécurité, le parent ne sera pas puni. Le délaissement est en quelque sorte validé par la loi². Le législateur exige toutefois que l'action de sauvegarde du mineur délaissé soit effective. Il ne suffit pas que le parent ait voulu laisser le mineur dans des conditions assurant sa santé et sa sécurité³. L'enfant doit être protégé du péril. Cette mise à l'écart de la répression est destinée à éviter que les parents, dans une situation de détresse morale et matérielle, garde l'enfant auprès d'eux au risque de le maltraiter. Il est donc préférable qu'ils délaissent l'enfant en garantissant sa santé et sa sécurité⁴. En effet, la société n'a plus d'intérêt à réprimer le comportement des parents dès lors que l'abandon se produit dans des conditions relativement voisines à la remise licite d'un enfant aux services de l'ASE⁵ en application des 2° et 3° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles. Il est pourtant nécessaire de s'interroger sur l'opportunité d'avoir maintenu une justification au délaissement qui risque de banaliser l'abandon de l'enfant⁶. Pour Monsieur Jean-François RENUCCI, « *il ne paraît pas juste, dans ces affaires de prendre en compte le résultat et non l'intention* », car « *le délaissement d'un enfant, même si sa santé et sa sécurité sont assurées, est inacceptable* »⁷. Il aurait fallu mettre en avant l'état d'esprit des parents et non le seul résultat objectif du délaissement. Il avait ainsi été proposé de prendre en compte la volonté délibérée du parent commettant le délaissement pour admettre la justification de l'infraction⁸. L'agent aurait dû avoir la volonté délibérée de garantir la santé et la sécurité de l'enfant qu'il abandonne.

¹ Notamment dans l'hypothèse d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'une délégation d'autorité parentale (CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 123).

² RENUCCI (J.-F.), *op. cit.*, Paris : Masson, 1994, p. 57.

³ GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 44 ; ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, fasc. 20, 2009, § 16.

⁴ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 621.132. En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 43.

⁵ ROUJOU DE BOUBEE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.), MAYAUD (Y.), *op. cit.*, Paris : Dalloz, 1996, p. 445.

⁶ ROUJOU DE BOUBEE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.), MAYAUD (Y.), *op. cit.*, Paris : Dalloz, 1996, p. 445. En ce sens : NERAC-CROISIER (R.), « Droit pénal et mineur victime : indifférence ou protectionnisme », in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15.

⁷ RENUCCI (J.-F.), *op. cit.*, Paris : Masson, 1994, p. 57.

⁸ DARRAS, (M.), Débats parlementaires, *Première session ordinaire de 1991-1992 (2^{ème} séance, séance du jeudi 3 octobre 1991)*, JO Sénat CR, 4 octobre 1991, p. 2649 ; DREYFUS-SCHMIDT (M.), Débats parlementaires précités, JO Sénat CR, 4 octobre 1991, p. 2648.

62. Un désintéret manifeste des parents pénalement réprimé. – Le délaissement de mineur désigne un comportement positif et matériel¹. Il matérialise un désintéret manifeste des parents bien qu'il tende principalement à punir un comportement parental qui ferait courir un risque à l'enfant. Le délaissement en lui-même n'est pas condamnable, notamment s'il a permis de sauvegarder la santé ou la sécurité du mineur. Ce qui importe ce sont les conséquences potentielles² ou réalisées³ de l'acte de délaissement. C'est le danger que les parents font « *courir à l'enfant qui justifie la répression, non la violation des obligations découlant de la garde* »⁴ juridique du mineur. Il n'en demeure pas moins que l'article 227-1 du Code pénal est une traduction de la catégorie d'enfant délaissé par sa famille. Il permet de punir le désintéret manifeste des parents si l'acte de délaissement expose l'enfant à un péril, celui-ci étant totalement abandonné par ses auteurs. En outre, le parent cherche, par un délaissement volontaire de l'enfant, à se soustraire à son devoir de l'élever et de le soigner. Cette situation se retrouve également lorsque les père et mère s'abstiennent d'accomplir leurs obligations légales.

B/ La soustraction du parent à ses obligations légales

63. La dualité des qualifications. – Messieurs Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN étudient l'abandon pécuniaire de la famille⁵ et l'abandon moral et matériel de la famille⁶ dans une sous-section I de leur ouvrage de *Droit pénal spécial* intitulée « *les différentes formes d'abandon de famille* »⁷. Monsieur Jean-François RENUCCI a également procédé de cette manière⁸. En effet, dans l'ancien Code pénal, l'abandon moral et matériel était une espèce particulière d'abandon de famille⁹ qui était organisée au côté de l'abandon pécuniaire de la famille¹⁰. Le Code pénal réformé a choisi de dissocier ces deux infractions qui constituent en réalité deux manifestations de l'enfant délaissé qu'il convient de regrouper. Elles démontreraient une soustraction du parent à ses obligations légales. L'abandon matériel et moral de l'enfant est incriminé à l'article 227-17 du Code pénal. Cette disposition constitue formellement l'infraction « de soustraction du parent à ses

¹ NERAC-CROISIER (R.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op.cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15.

² Art. 227-1 C. pén.

³ Art. 227-2 C. pén.

⁴ NERAC-CROISIER (R.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op.cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15.

⁵ Art. 227-3 C. pén.

⁶ Art. 227-1 C. pén.

⁷ PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 556 et s.

⁸ RENUCCI (J.-F.), *op. cit.*, Paris : Masson, 1994, p. 57-58.

⁹ Anc. art. 357-1 C. pén.

¹⁰ Anc. art. 357-2 C. pén.

obligations légales ». L'abandon pécuniaire de la famille est organisé à l'article 227-3 du Code pénal qui réprime l'abandon de famille. Ce délit tend davantage à réprimer le non-respect d'une décision judiciaire et ne serait pas « *un instrument essentiellement destiné à imposer le respect d'obligations familiales* »¹. La décision judiciaire concrétise cependant l'obligation du parent de respecter ses devoirs légaux à l'égard du mineur. Elle renforcerait la juridicité de l'obligation d'entretien incombant au parent. Autrement dit, le parent se soustrairait à une obligation légale judiciairement constatée. En outre, la primauté accordée à l'inexécution d'une décision judiciaire ne peut pas occulter le fait que l'abandon de famille contribue à la protection de l'environnement familial des enfants², comme le délit de l'article 227-17. Ainsi, l'infraction de l'article 227-3 protégerait l'enfant délaissé à travers l'abandon pécuniaire dont la famille pourrait faire l'objet. L'enfant délaissé serait donc indirectement pris en compte avec l'article 227-3 tandis que le délit de l'article 227-17 prendrait en considération le délaissement direct du mineur. La soustraction du parent à ses obligations légales serait alors implicite, pour l'article 227-3 du Code pénal, ou explicite, s'agissant de l'article 227-17 du même Code. Enfin, l'alinéa deux de l'article 227-17 assimile le parent qui commet l'infraction « de soustraction à ses obligations légales » à celui qui est auteur d'un abandon de famille pour l'application de l'article 373, 3° du Code civil³. Or, l'ancien article 373, 3° du Code civil précisait qu'un parent pouvait perdre l'exercice de l'autorité parentale ou en être provisoirement privé s'il avait été condamné sous l'un des divers chefs de l'abandon de famille, tant qu'il n'avait pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de six mois au moins. Cette ancienne disposition montrait bien que le parent n'accomplissait pas ses obligations en application de l'article 227-17 du Code pénal, qui prévoit expressément la soustraction du parent à ses obligations légales, mais aussi sur le fondement de l'article 223-3 du Code pénal, où la soustraction à l'obligation légale ne serait qu'implicite et dépendrait d'une décision judiciaire. En définitive, tant avec l'article 227-3 qu'avec l'article 227-17, le parent se soustrairait à ses obligations légales au détriment de l'enfant, en situation de dépendance à l'égard de ses auteurs.

64. La dépendance de l'enfant envers ses auteurs. – L'enfant ne peut pas être délaissé car « *l'absence de soins et de nourriture le condamne à mort, à une misère aussi intolérable que celle dont souffre l'enfant battu* »⁴. Le mineur est dépendant de ses auteurs, lesquels sont tenus

¹ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ fam.*, 2002, p. 244.

² COUV RAT (P.), « Le droit pénal et la famille », *RSC*, 1969, p. 807.

³ Renvoi dépassé depuis la loi du 4 mars 2002 (L. n° 2002-305 précitée) qui a modifié la lettre de l'article 373 du Code civil.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 150.

d'une obligation d'éducation et d'entretien à son égard, en raison de l'existence d'un lien de filiation¹. La dissolution du couple conjugal est sans incidence sur cette obligation. L'alinéa premier de l'article 373-2-2 du Code civil rappelle qu'« *en cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée* » par l'un des parents à l'autre. Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant². A défaut, les modalités de cette pension alimentaire seront fixées par le juge aux affaires familiales³. Néanmoins, l'enfant, sans filiation paternelle légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations intimes avec sa mère pendant la période légale de conception⁴. Les subsides, déterminés par le tribunal de grande instance⁵, seront versés sous forme de pension, d'après les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur, la situation familiale de celui-ci⁶. Ces hypothèses constituent l'application concrète de l'adage de LOYSEL selon lequel « *qui fait l'enfant doit le nourrir* ». Le droit pénal prend en compte ces situations où le parent n'exécute pas son obligation d'entretien (1) ou ne payerait pas la pension alimentaire, fixée en vertu d'une décision judiciaire ou d'une convention judiciairement homologuée, après la séparation du couple conjugal ou une action à fin de subsides (2).

1/ L'abandon moral et matériel de l'enfant

65. Un abandon de l'enfant différent du délaissement de mineur dans un lieu quelconque. – A la différence de l'abandon de famille de l'article 227-3 du Code pénal, l'article 227-17 du même Code incrimine « *le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur* »⁷. Il s'agit donc d'un abandon de l'enfant par ses auteurs qui ne

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 135.

² Art. 373-2-7, al. 1^{er} C. civ.

³ Art. 373-2-2, al. 2 C. civ.

⁴ Art. 342 C. civ.

⁵ Art. 318-1 C. civ.

⁶ Art. 342-2 C. civ.

⁷ L'article 227-17-1 du Code pénal punit « *le fait, par les parents d'un enfant ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue, de ne pas l'inscrire dans un établissement d'enseignement, sans excuse valable, en dépit d'une mise en demeure de l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation* ». Cette infraction est un cas spécifique de soustraction d'un parent à ses obligations légales : le manquement à l'obligation scolaire. Cette disposition est un texte spécial qui déroge au texte général de l'article 227-17 du même Code. Par conséquent, la règle de droit spécial édictée par l'article 227-17-1 devra être appliquée toutes les fois où il y aura eu une injonction administrative préalable (CA Toulouse, 19 juin 2003, *Juridata* n° 2003-220457).

doit pas être confondu avec l'infraction spécifique de délaissement de mineur, même si les deux infractions tendent à protéger le mineur contre un danger qui menacerait son intégrité physique¹.

66. Le champ d'application quant aux personnes. – Avec cette infraction, le législateur montre sa volonté d'assurer la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur. Seuls les père et mère peuvent être les auteurs de cette infraction peu importe la nature du lien de filiation. Tout parent d'un enfant mineur est susceptible d'être poursuivi sur ce fondement mais à condition que le lien de filiation ait été régulièrement établi². Il faut en outre que les parents soient tenus à des obligations légales à l'égard de l'enfant. Il s'agit de l'ensemble des obligations découlant de la qualité de parent, c'est-à-dire les devoirs résultant de l'autorité parentale³. L'auteur de l'infraction doit disposer de toute ou partie des prérogatives liées à cette autorité. Dans l'hypothèse où il n'aurait pas un exercice plein et entier de l'autorité parentale, il faut que les attributs dont il dispose soit de nature à impacter l'état de l'enfant⁴. Le domaine d'application de l'article 227-17 du Code pénal est relativement large quant à la victime. Il concerne tout enfant mineur bénéficiaire des obligations légales incombant à ses parents. Aucune catégorie d'âge n'est envisagée par le législateur, mais la lettre du texte exclut le mineur émancipé ou le jeune majeur⁵. Dans le premier cas, l'enfant bien que mineur n'est plus soumis à l'autorité parentale en raison des effets de l'émancipation. Dans le second cas, malgré le fait que l'obligation d'éducation et d'entretien ne cesse pas de plein droit à la majorité de l'enfant⁶, il faut convenir que l'article 227-17 ne s'appliquera pas, la majorité étant atteinte à dix-huit ans révolus⁷.

67. Le champ d'application quant à l'acte d'abandon. – Le comportement incriminé par l'article 227-17 du Code pénal consiste pour le parent à se soustraire à ses obligations légales.

¹ CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 118.

² Pour l'article 227-17-1 du Code pénal, les parents de l'enfant mais aussi toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue peuvent être reconnus comme auteur de l'infraction. Le champ d'application personnel quant aux auteurs du délit est donc plus large puisqu'il ne concerne pas que les seuls parents. Il est également plus restreint car il ne concerne que le manquement à l'obligation scolaire. Enfin, son domaine quant à la victime paraît moins étendu car l'instruction est obligatoire pour tous les enfants, français et étrangers, à partir de six ans et jusqu'à l'âge de seize ans révolus (art. L. 131-1, al. 1^{er} C. éduc.). Le délit ne concernerait qu'une catégorie de mineur. Néanmoins, tout mineur non émancipé dispose du droit de poursuivre sa scolarité au-delà de l'âge de seize ans (art. L. 122-2, al. 3 C. éduc.) et une mesure d'assistance éducative peut être ordonnée en ce sens (art. L. 122-2, al. 4 C. éduc.). Le délit de l'article 227-17-1 pourrait dès lors s'appliquer dans cette hypothèse.

³ GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 97.

⁴ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 621.171 ; CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 119.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1624 ; CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 119.

⁶ Art. 371-2, al. 2nd C. civ.

⁷ Art. 388 C. civ.

La situation conjugale des parents importe peu, ce d'autant plus que l'article 373-2-1 du Code civil précise que le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 371-2 du Code civil¹. Matériellement, l'infraction sera caractérisée par le non-respect des obligations légales liées à l'exercice de l'autorité parentale². Il s'agit d'une infraction d'omission puisqu'il suffit que le parent s'abstienne d'accomplir ses devoirs. Il est toutefois nécessaire que cette abstention compromette la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur. La réalisation effective du risque pour l'enfant ne semble pas être un élément constitutif de l'infraction³. La soustraction du parent à ses obligations légales ne doit pas impérativement impliquer un dommage pour l'enfant⁴. Cela est d'autant plus vrai que l'article 227-17 appartient à une section du Code pénal relative à la mise en péril de mineurs. Dans une espèce, la Cour de cassation a cependant approuvé une cour d'appel qui a souverainement estimé que le délit n'était pas constitué car la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant n'avaient pas été compromises⁵. L'enfant n'avait subi aucun trouble psychique ou physique, ce qui permet de penser que la Haute juridiction exige que l'enfant subisse un dommage. Par conséquent, l'infraction de l'article 227-17 serait une infraction de résultat⁶. La Cour de cassation semble « *se montrer plus exigeante à propos du préjudice subi par l'enfant* »⁷. Les juges du fond doivent motiver leur décision en précisant en quoi les comportements parentaux compromettent la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur⁸. Dès lors, constitue une soustraction à ses obligations légales, et donc un abandon moral ou matériel, le fait, pour des parents, de confier leurs enfants de six ans à une secte située en Inde⁹ ; la connivence de la mère aux agissements incestueux du père¹⁰ ; l'alcoolisme constant de la mère qui donne un exemple pernicieux à ses enfants au plan éducatif et moral, et l'empêche de

¹ A propos de parents séparés : Cass. crim., 16 janvier 1974, *Bull. crim.*, n° 23 – CA Nîmes, 19 décembre 2006, Jurisdata n° 2006-329301.

² Pour l'article 227-17-1 du Code pénal, c'est le fait de ne pas inscrire l'enfant dans un établissement d'enseignement lorsque le mineur n'a pas atteint un niveau d'enseignement comparable à celui des élèves scolarisés. En effet, l'enfant peut faire l'objet d'un enseignement dispensé dans la famille (exemple : CA Pau, 19 mars 2002, Jurisdata n° 2002-181327).

³ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), précité, *AJfam.*, 2002, p. 244. En ce sens : NERAC-CROISIER (R.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op.cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15.

⁴ Cass. crim., 11 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 269.

⁵ Cass. crim., 17 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 214.

⁶ L'infraction de l'article 227-17-1 du Code pénal est une infraction formelle qui ne nécessite aucun dommage. Le seul fait de ne pas respecter l'obligation scolaire, après une mise en demeure de l'autorité de l'Etat compétente, suffit à caractériser le délit, peu importe qu'il en résulte un dommage.

⁷ PEDRON (P.), « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-17, fasc. 20, 2008, § 111.

⁸ Cass. crim., 6 mars 1956, *Bull. crim.*, n° 218.

⁹ Cass. crim. 11 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 269 ; *contra.* pour la même secte en l'absence d'atteinte physique ou psychique à l'enfant : Cass. crim., 17 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 214.

¹⁰ CA Lyon, 28 mars 1997, *RSC*, 1997, p. 636, obs. MAYAUD (Y.).

les protéger, de les surveiller et de les éduquer¹ ; le fait de laisser habituellement l'enfant, seul, dehors et même tardivement, alors qu'il souffrait de troubles depuis des faits de viols imputés au mari de sa précédente nourrice² ; ou encore l'obstruction systématique de la mère aux aides institutionnelles, ce qui a largement contribué à l'errance du mineur qui n'a trouvé d'exutoire que dans une délinquance accentuée, ainsi que les déclarations du père qui se désintéresse totalement de son fils, à tel point que celui-ci ne le considère pas comme son père³. Toutes ces hypothèses, non exhaustives⁴, sont des manifestations d'enfants délaissés par leurs familles, soit des mineurs négligés et privés d'affection ainsi que de la constance qui leur est due. En définitive, l'enfant est laissé seul et démuné face aux adversités de la vie.

Le délit de l'article 227-17 du Code pénal est une infraction intentionnelle⁵. Malgré la multiplicité des situations où les parents peuvent s'abstenir d'accomplir leur rôle éducatif, l'agent doit avoir la conscience de s'être volontairement soustrait à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou la santé du mineur⁶. Le prévenu doit avoir connaissance du danger encouru par l'enfant en raison de son abstention⁷. L'article 227-17 réserve néanmoins l'existence d'un motif légitime au comportement du parent qui se soustrait à ses obligations légales. Ce motif légitime sera souverainement apprécié par les juges du fond. En réalité, il est fort probable qu'il n'aura pas « *vocation à être retenu dès lors que la mise en danger consciente des enfants mineurs est devenu un élément constitutif de l'infraction* »⁸. En ce sens, « *l'aptitude intellectuelle limitée des parents ne saurait être retenue comme cause*

¹ CA Montpellier, 12 mars 2002, Jurisdata n° 2002-186017. La motivation employée dans cet arrêt est proche de la lettre de l'article 378-1 selon laquelle peuvent se voir retirer l'autorité parentale les parents qui par une « *consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques* » mettent manifestement en danger leurs enfants. En outre, les mineurs étaient déjà protégés en assistance éducative. *Contra.* pour une intempérance passagère et non une ivrognerie habituelle : CA Rennes, 22 janvier 1970, RSC, 1971, p. 125, obs. LEVASSEUR (G.).

² CA Rouen, 26 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-347283.

³ CA Nîmes, 19 décembre 2006, Jurisdata n° 2006-329301. Pour des faits similaires : CA Rouen, 9 mai 2007, Jurisdata n° 2007-344653.

⁴ Pour d'autres exemples : CA Poitiers, 15 avril 2004, Jurisdata n° 2004-246862 (enfant de trois ans laissé à l'intérieur d'un véhicule par forte chaleur durant cinquante-six minutes dans une ville proche de la mer) – CA Douai, 17 novembre 2004 Jurisdata n° 2004-275001 (enfants âgés de douze et dix-sept ans, laissés sur une aire d'autoroute parce qu'ils ne cessaient de se disputer) – CA Paris, 7 mars 2006, Jurisdata n° 2006-307981 (enfants de huit et deux ans seuls enfermés pendant trois jours sans possibilité de sortir ou de communiquer).

⁵ La soustraction volontaire à l'obligation de scolariser l'enfant est aussi une infraction intentionnelle. La preuve de l'intention sera néanmoins facilitée en raison de l'existence d'une injonction administrative de scolariser l'enfant. Suite à cette mise en demeure, si les parents ne scolarisent pas l'enfant, cela signifie qu'ils ont délibérément enfreint la législation en matière d'obligation scolaire (BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 621.203).

⁶ Cass. crim., 21 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 274 – CA Riom, 31 mars 2005, Jurisdata n° 2005-298559.

⁷ CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044837 (défaut de vaccinations) – CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044838 (défaut de vaccinations) – CA Paris, 19 septembre 2002, Jurisdata n° 2002-210609 (abandon volontaire de l'enfant dans les toilettes d'un aéroport par son père qui ne le voyait pas revenir) – CA Papeete, 24 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-196246 (enfants confiés aux soins exclusifs de la sœur aînée de quinze ans qui les battait régulièrement, ce dont avant connaissance le père pour avoir lui-même constaté les sévices).

⁸ PEDRON (P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012, § 518.

d'exonération », car ils avaient « *nécessairement conscience de se soustraire à des obligations élémentaires de soin, de protection et de contrôle de l'enfant* »¹. De même, un état de fatigue et d'énervement, mis en avant par le prévenu, ne peut justifier cette soustraction du parent à ses obligations légales². C'est au parent qu'incombe la charge de la preuve de l'existence d'un motif légitime³. Par exemple, le simple fait de quitter le foyer familial ne suffit manifestement pas à constituer l'infraction si le parent a dû trouver du travail dans une autre ville et qu'il demeure en contact avec la famille, lui donnant des nouvelles et lui envoyant des subsides⁴. L'incarcération du parent peut encore constituer un motif légitime⁵.

68. L'abandon moral et matériel de l'enfant : entre désintérêt manifeste et danger pour l'enfant. – L'abandon moral et matériel de l'enfant par ses père et mère traduit un délaissement parental. Il démontre l'existence d'un désintérêt manifeste. L'enfant serait complètement délaissé car ses parents, en s'abstenant d'exécuter leurs obligations, ne s'intéresseraient plus à lui et le négligeraient. En outre, « *il n'est pas nécessaire que le coupable ait physiquement quitté le domicile familial* », il « *peut se soustraire à ses devoirs même en étant physiquement présent* »⁶. Cet abandon complet du mineur par ses père et mère est également conforté par l'idée que ne constitue pas un motif légitime le fait de confier l'enfant à ses grands-parents⁷. Aussi, dans l'une et l'autre hypothèse, le mineur est totalement livré à lui-même puisque le comportement parental caractérise un défaut de soins ou un manque de direction, c'est-à-dire un désintérêt manifeste, conscient et volontaire. Ainsi, l'infraction d'abandon moral et matériel du mineur peut être juridiquement rapprochée des situations qui justifient sur le plan civil un retrait de l'autorité parentale⁸. Dans une espèce, un père a été poursuivi pour abandon moral et matériel de la famille, car il laissait régulièrement ses enfants livrés à eux-mêmes, notamment en fin de semaine pour aller à la chasse. Il imposait à l'un d'eux de surveiller les autres et d'effectuer les tâches ménagères. Il faisait travailler l'un des enfants dans l'exploitation vinicole le mercredi alors qu'un autre enfant restait enfermé à l'intérieur d'un véhicule pendant ce temps. Ce manquement de direction était si compromettant pour les enfants que l'aîné a demandé la protection de leur grand-père maternel, qu'il connaissait peu en l'absence de relation depuis dix

¹ CA Rouen, 26 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-347283.

² CA Paris, 19 septembre 2002, Jurisdata n° 2002-210609.

³ Cass. crim., 27 février 1964, *Bull. crim.*, n° 72.

⁴ CA Lyon, 12 juin 1943, *JCP G.*, 1943, II, 2504.

⁵ Cass. crim., 26 mars 1957, *Bull. crim.*, n° 282.

⁶ RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 732.

⁷ Cass. crim., 8 mars 1967, *Gaz. pal.*, 1967, I, p. 208.

⁸ GOUTTENoire (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 101 ; PEDRON (P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012, § 502.

ans. Ces éléments ont permis de caractériser le délit de l'article 227-17 du Code pénal. Compte tenu de la gravité des manquements du père à ses obligations légales, les premiers juges, confirmés en cela par la cour d'appel, ont prononcé le retrait total de l'autorité parentale¹.

Un rapprochement s'impose également avec l'article 375 du Code civil relatif à l'assistance éducative². Matériellement, le délit de l'article 227-17 du Code pénal correspond à la lettre de l'article 375 du Code civil. Le premier réprime le fait pour un parent de se soustraire à ses obligations légales au point de compromettre la sécurité, la santé, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur. Le second permet au juge des enfants de prononcer une mesure d'assistance éducative si la santé, la moralité, ou la sécurité d'un mineur sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement sont gravement compromises. Il existe donc une similitude entre les deux dispositions. C'est la raison pour laquelle Madame Frédérique DREIFUSS-NETTER a affirmé que « *l'article 227-17 constitue la sanction pénale de la violation des obligations qui peuvent donner lieu sur le plan civil à des mesures d'assistance éducative* »³. L'abandon moral et matériel de l'enfant, s'il constitue indéniablement une manifestation de la catégorie d'enfant délaissé, met également en évidence la catégorie d'enfant en danger. Ces deux catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles seraient dès lors perméables.

2/ L'abandon pécuniaire de la famille consécutif à une décision judiciaire

69. La nécessité d'une consécration judiciaire préalable de l'obligation familiale alimentaire. – L'article 227-3 du Code pénal incrimine « *le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil* »⁴. L'abandon de famille permet de sanctionner

¹ CA Paris, 2 mai 2007, Jurisdata n° 2007-334276. Dans le même sens pour un défaut de vaccinations : CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044837 – CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044838. Dans le même sens pour un manquement à l'obligation scolaire : CA Douai, 15 février 2006, Jurisdata n° 2006-301590.

² GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 101 ; PEDRON (P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012, § 503.

³ Madame DREIFUSS-NETTER citée par : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 103.

⁴ Le délit de l'abandon de famille peut être rapproché de l'article 227-4-1 du Code pénal relatif à la violation des ordonnances de protection pouvant être prises par le juge aux affaires familiales en application des articles 515-9 et suivants du Code civil (CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 690). Dans ce cadre, le magistrat peut être amené à se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et, le cas échéant, sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (art. 515-11, 5^o C. civ.). Le parent violent pourrait dès lors être condamné s'il n'exécute pas l'ordonnance du juge aux affaires familiales l'obligeant à contribuer pécuniairement à l'entretien des

l'inexécution d'une obligation alimentaire familiale entendue *lato sensu*¹. En effet, le Code pénal vise l'une des obligations familiales prévues par le Code civil, ce qui signifie que « *l'obligation constitutive de l'abandon de famille repose sur un fondement familial* »². Il faut donc un lien familial entre le créancier et le débiteur de l'obligation alimentaire. L'enfant mineur est susceptible d'être victime d'un abandon de famille, car il peut être le créancier d'une obligation alimentaire en raison de l'existence d'un lien de parenté. Le texte vise tous les ascendants et les descendants, particulièrement les mineurs, mais aussi les enfants majeurs³. Ainsi, les parents comme les grands-parents peuvent être responsables d'un abandon de famille à l'égard de l'enfant mineur. Le lien de parenté n'a pas non plus à être certain. Il « *peut être simplement éventuel* ». L'incrimination englobe « *les obligations liées à la parenté supposée* »⁴ en application de l'article 342 du Code civil⁵. Cela est d'autant plus vrai que « *toute obligation de verser une somme d'argent est susceptible de fonder des poursuites pour abandon de famille* »⁶. La lettre du texte vise effectivement les pensions, les contributions ou encore les subsides. Cela inclut donc la pension alimentaire de l'article 373-2-2 du Code civil, mais aussi les subsides de l'article 342 du Code civil. L'existence d'une obligation alimentaire n'est toutefois pas suffisante. Elle doit être

enfants victimes de son comportement. Son refus de se conformer à ses obligations caractérise un délaissement de sa part.

¹ La sanction de l'abandon pécuniaire de la famille par l'article 227-3 du Code pénal ne constitue pas la seule manifestation de cette situation d'enfant délaissé par sa famille. Le problème du paiement forcé de la pension alimentaire témoigne également de cette réalité. C'est particulièrement vrai pour les parents isolés, souvent les mères, dont le nombre ne cesse d'augmenter avec l'accroissement des séparations et des divorces et pour lesquelles la pension alimentaire permet de couvrir les besoins élémentaires de l'enfant. La loi du 4 août 2014, afin d'améliorer le recouvrement des pensions alimentaires impayés et de pallier aux difficultés auxquelles le parent isolé créancier est confronté, a instauré un dispositif expérimental d'une durée de dix-huit mois (L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO*, 5 août 2014, p. 12949, art. 27). Cette expérimentation s'applique aux bénéficiaires de l'allocation de soutien familial mentionnée au 3° de l'article L. 523-1 du Code de la sécurité sociale et aux bénéficiaires de l'aide au recouvrement mentionnée à l'article L. 581-1 du même Code.

² GOUTTENOIRE (A.), « Abandon de famille », *Rép. pén. Dalloz*, 2001, § 10.

³ Cass. crim., 11 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 95 – Cass. crim., 7 février 2007, *Bull. crim.*, n° 34.

⁴ COMMARET (D.), « Abandon de famille », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-3 à 227-4-1, fasc. 20, 2008, § 8. En ce sens : CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 690.

⁵ La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (L. n° 2002-305 précitée) a transféré les obligations relatives à l'entretien et à l'éducation des enfants dans le chapitre I^{er} du titre IX du Livre I^{er} du Code civil. La Cour de cassation a ainsi considéré que « *le législateur a entendu remplacer dans l'article 227-3 du code pénal la référence aux anciennes dispositions abrogées par les nouvelles dispositions* » (Cass. crim., 10 décembre 2008, *Bull. crim.*, n° 250). La loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009 a pris en compte cette jurisprudence (L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, *JO*, 13 mai 2009, p. 7920). En effet, le législateur a inséré à l'article 227-3 du Code pénal, la référence au titre IX du Livre I^{er} du Code civil en la substituant aux autres renvois existants. L'application de l'abandon de famille était donc limitée aux seules contributions à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ce qui exclut les contributions aux ascendants et aux conjoints mais surtout les subsides dus en application de l'article 342 du Code civil (Cass. crim., 16 février 2011, *Bull. crim.*, n° 31 (exclusion des prestations compensatoires du domaine d'application du délit)). La loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 a corrigé cette imperfection afin d'inclure dans le domaine d'application de l'article 227-3 l'ensemble des obligations familiales alimentaires prévues par Code civil (L. n° 2011-525, *JO*, 18 mai 2011, p. 8357 ; Rect. *JO*, 25 mai 2011, p. 8993). La nouvelle rédaction de l'article 227-3 du Code pénal étant plus sévère, elle ne s'applique pas aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2011 (Cass. crim., 8 juin 2011, n° 10-87.050 – Cass. crim., 23 mai 2012, *Bull. crim.*, n° 134).

⁶ GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2001, § 18.

obligatoirement consacrée par une décision judiciaire antérieure¹, sa nature étant indifférente selon l'article 227-3². Autrement dit, le droit pénal ne prend en compte l'abandon pécuniaire de la famille que si les droits du créancier ont été consacrés par l'intervention d'un juge qui ordonnera le versement d'une pension ou de subsides³.

La décision judiciaire doit être exécutoire. Elle doit être devenue définitive et avoir acquis l'autorité de la chose jugée. Le caractère exécutoire ressortira de la décision juridictionnelle si elle n'est susceptible d'aucun recours suspensif⁴. Le jugement peut aussi bénéficier de l'exécution provisoire sur décision du magistrat ou de plein droit⁵. L'abandon de famille pourra être constitué toutes les fois où l'exécution provisoire aura été ordonnée par le juge⁶ ou qu'elle résultera de la loi⁷. Les mesures portant sur la pension alimentaire et la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant sont exécutoires de droit à titre provisoire selon l'article 1074-1 du Code de procédure civile⁸. Enfin, est assimilée à ces situations, l'exécution volontaire d'une obligation inscrite dans une décision judiciaire au sens des articles 227-3 du Code pénal et 503 du Code de procédure civile⁹, peu importe que la décision de justice ait été ou non portée à la connaissance du débiteur¹⁰. Hormis l'hypothèse de l'exécution volontaire mais interrompue de la décision judiciaire, il est nécessaire que le débiteur ait connaissance de son obligation. Cela conditionne la constitution de l'abandon de famille¹¹. Il faut que la décision juridictionnelle ait été notifiée¹², mais une connaissance de fait de l'obligation alimentaire judiciairement constatée est suffisante pour la Cour de cassation¹³. En effet, ce n'est qu'à cette condition que l'obligation familiale alimentaire pourra être inexécutée.

¹ En ce sens : REBUT (D.), « L'unique nature de l'abandon de famille », *Dr. famille*, 1999, chron. n° 1 ; COMMARET (D.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-3 à 227-4-1, fasc. 20, 2008, § 9.

² Il peut par exemple s'agir d'une convention judiciairement homologuée par le juge aux affaires familiales (art. 373-2-7, al. 1^{er} C. civ.), d'une ordonnance du juge aux affaires familiales fixant la pension alimentaire (art. 373-2-2, al. 2 C. civ.) ou d'un jugement du tribunal de grande instance déterminant les subsides (art. 342 C. civ.).

³ MONACHON-DUCHENE (N.), « Obligation alimentaire devant le juge pénal... et l'abandon de famille devant le juge aux affaires familiales », *JCP G.*, 2006, I, 165.

⁴ Art. 504, al. 1^{er} C. pr. civ.

⁵ Art. 504, al. 1^{er} et 514 C. pr. civ.

⁶ Cass. crim., 29 février 1972, *Bull. crim.*, n° 364 – Cass. crim., 14 février 1984, *Bull. crim.*, n° 52.

⁷ Cass. crim., 21 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 157 – Cass. crim., 9 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 205 – Cass. crim., 9 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 351.

⁸ En outre, l'effet suspensif du pourvoi en cassation ne s'applique pas sur cet aspect de la décision ou de la convention judiciairement homologuée (art. 1087 C. pr. civ.).

⁹ Cass. crim., 9 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 205.

¹⁰ Cass. crim., 19 juin 1991, *Bull. crim.*, n° 265 – Cass. crim., 4 septembre 1996, *Bull. crim.*, n° 312.

¹¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2001, § 44.

¹² Cass. crim., 28 novembre 1956, *Bull. crim.*, n° 783 – Cass. crim., 4 juin 1970, *Bull. crim.*, n° 183 – Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 80 – Cass. crim., 7 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 306 – Cass. crim., 19 novembre 1997, n° 96-85.025.

¹³ Cass. crim., 9 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 351. Dans le même sens : Cass. crim., 7 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 306 ; *contra.* : Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 80.

70. L'inexécution de l'obligation familiale alimentaire judiciairement consacrée. – Le délit d'abandon de famille, pour être caractérisé, suppose que le débiteur de l'obligation s'abstient d'exécuter la décision de justice, en demeurant plus deux mois sans s'acquitter intégralement de l'obligation mise à sa charge. Ainsi, l'article 227-3 du Code pénal mettrait en évidence un délaissement parental du mineur, en ce que l'ascendant manquerait à son obligation naturelle de nourrir son enfant¹ alors qu'elle a été judiciairement déterminée. Cette inexécution est en elle-même punissable. L'absence de préjudice pour le mineur, créancier de l'obligation, est indifférente², peu importe qu'il ait obtenu satisfaction par d'autres voies de droit³. Il n'est donc pas nécessaire que le péril encouru par le mineur soit effectif pour que le parent créancier soit condamné. La production d'un dommage n'est pas un élément constitutif de ce délit d'omission, qui sanctionne une attitude et non un résultat⁴. L'abandon de famille est une infraction formelle.

Matériellement, le délit est constitué lorsque le débiteur n'a pas versé l'intégralité des sommes dues au créancier, peu importe que l'absence de paiement soit totale ou partielle⁵. Le paiement par anticipation ne permet pas de caractériser l'infraction, l'élément matériel du délit ne pouvant être constaté⁶. Dans cette situation, l'enfant n'est pas délaissé par le parent débiteur. Ce dernier participe à son entretien et à son éducation. Le mineur n'est donc pas victime de sa famille. A l'inverse, la décision de réduction ou de suppression des pensions alimentaires, même avec un effet rétroactif, ne peut avoir pour conséquence de faire disparaître, avec effet rétroactif, une infraction déjà consommée⁷. L'article 227-3 exige une carence de paiement supérieur à deux mois⁸. En conséquence, les juges du fond doivent précisément fixer la durée de la prévention afin de permettre à la Cour de cassation d'effectuer son contrôle de légalité⁹. Le défaut de paiement doit en outre intervenir durant deux mois consécutifs¹⁰. Il peut ainsi « *y avoir de nouvelles poursuites chaque fois que le non-paiement se renouvelle pendant deux mois consécutifs, tant que se manifeste ce qui caractérise la matérialité* »¹¹. L'abandon de famille « *se renouvelle chaque*

¹ En ce sens : MONTESQUIEU, *op. cit.*, Paris : Flammarion, 2008, Partie 5, Livre 26, Chapitre 6.

² CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 693.

³ Cass. crim., 3 mai 1990, n° 88-84.206 ; Jurisdata n° 1990-002772 – Cass. crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 250.

⁴ CA Montpellier, 26 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-302958.

⁵ Cass. crim., 31 mars 1926, *DH.*, 1926, p. 284 – Cass. crim., 4 janvier 1973, *Bull. crim.*, n° 3 – Cass. crim., 26 octobre 1987, *Bull. crim.*, n° 367 – Cass. crim., 27 février 1991, n° 90-81.134 – Cass. crim., 15 mai 2002, n° 01-83.816 – Cass. crim., 26 octobre 2005, n° 05-81.053.

⁶ Cass. crim., 20 mars 1984, *Bull. crim.*, n° 114 – Cass. crim., 17 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 57.

⁷ Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.*, n° 139 – Cass. crim., 29 janvier 2014, n° 13-81.918. Voir également : Cass. crim., 10 novembre 2004, n° 04-82.576.

⁸ Cass. crim., 24 novembre 2010, n° 10-85.431. Si l'abstention dure exactement deux mois, il n'y a pas d'infraction : CA Aix-en-Provence, 30 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-041229.

⁹ Cass. crim., 9 juin 2004, n° 02-87.820.

¹⁰ Cass. crim., 20 janvier 1993, n° 92-82.538 – CA Montpellier, 1^{er} avril 1999, Jurisdata n° 1999-034031.

¹¹ BOURRAT-GUEGUEN (A.), « Altération de l'institution familiale », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 622.32.

fois que son auteur démontre par son comportement sa volonté de persévérer dans son attitude »¹ qui consiste à délaisser son enfant. Cette solution est critiquable. Elle conduit à ne pas punir un débiteur qui s'acquitte intégralement de son obligation un mois sur deux et à condamner celui qui exécute partiellement son obligation tous les mois².

L'inexécution de l'obligation doit être intentionnelle pour être punissable³. Le ministère public doit démontrer la volonté et la conscience du parent de se soustraire à son obligation d'entretien judiciairement constatée⁴. Par conséquent, les juges du fond devront motiver leur décision en relevant la nature intentionnelle de l'abstention : le parent doit volontairement s'abstenir de s'acquitter de son obligation alimentaire⁵. Le débiteur doit avoir connaissance de l'obligation lui incombant⁶. Cet élément n'est toutefois pas suffisant pour caractériser l'abandon pécuniaire de la famille⁷. Il doit avoir conscience du défaut de paiement⁸. Enfin, le prévenu ne doit pas être dans l'impossibilité absolue d'exécuter son obligation⁹. De simples difficultés financières passagères ou des difficultés qui ont leur origine dans un événement imputable au débiteur, même non volontaire, ne permettent souvent pas de mettre en exergue une impossibilité

¹ Cass. crim., 2 décembre 1998, *Bull. crim.*, n° 326. L'exécution ultérieure de l'obligation laisse persister l'infraction car il s'agit d'une régularisation ultérieure de la situation qui ne constitue qu'un repentir actif (Cass. crim., 23 mars 1981, *Bull. crim.*, n° 101 – Cass. crim., 15 mai 1984, *Bull. crim.*, n° 175 – CA Paris, 12 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-370539). L'infraction est consommée à l'expiration d'un délai de deux mois écoulé depuis la date où la décision de justice est devenue exécutoire ou depuis celle du dernier paiement intégral effectué (Cass. crim., 22 février 1966, *Bull. crim.*, n° 55 – Cass. crim., 2 juillet 1970, *Bull. crim.*, n° 223).

² PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 571.

³ Sous l'ancien Code pénal, l'intention était présumée (anc. art. 357-2 C. pén. ; Cass. crim., 6 décembre 1983, *Bull. crim.*, n° 238). Cette présomption n'avait pas été jugée contraire au principe de la présomption d'innocence garantie dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Cass. crim., 27 avril 1984, *Bull. crim.*, n° 149). En 1994, le législateur a supprimé cette présomption de volonté. A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la Cour de cassation a par ailleurs rappelé que l'article 227-3 du Code pénal n'instaure « *pas de présomption de culpabilité, la partie poursuivante ayant la charge de prouver que le prévenu est volontairement demeuré plus de deux mois sans acquitter le montant de la pension alimentaire qu'il a été condamné à payer par décision de justice* » (Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-82.622, QPC).

⁴ Cass. crim., 28 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 243 – Cass. crim., 21 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 190 – Cass. crim., 9 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 158 – Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-82.622, QPC.

⁵ Cass. crim., 31 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 64. Voir également : Cass. crim., 11 mars 1998, n° 96-85.262 – Cass. crim., 17 juin 1998, n° 97-84.100 – Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-87.191. Cette preuve peut résulter des aveux du prévenu (Cass. crim., 18 mars 1998, n° 96-82.846) ou de l'organisation frauduleuse de son insolvabilité (Cass. crim., 23 juin 1999, n° 98-85.530 – Cass. crim., 4 novembre 1999, n° 98-87.300 – Cass. crim., 6 mai 2002, *Bull. crim.*, n° 99 – Cass. crim., 24 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 78 – Cass. crim., 5 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 118). La preuve de l'élément moral peut également être déduite de l'attitude du prévenu et du fait qu'il a renouvelé depuis plusieurs années des promesses non suivies d'effet et qu'il a refusé de justifier de ses revenus pour la période litigieuse (Cass. crim., 9 juillet 1997, n° 96-84.428).

⁶ Cass. crim., 27 avril 2011, n° 10-82.833.

⁷ Cass. crim., 21 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 190.

⁸ Cass. crim., 28 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 243 ; *contra.* : Cass. crim., 5 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 118 – Cass. crim., 7 février 2007, *Bull. crim.*, n° 34.

⁹ Cass. crim., 27 mai 1998, n° 97-83.879 – Cass. crim., 9 septembre 1998, n° 97-85.042 – Cass. crim., 6 octobre 1999, n° 98-87.412 – Cass. crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 250 – Cass. crim., 25 septembre 2002, n° 01-88.556.

absolue d'exécuter l'obligation¹. Ces éléments sont appréciés souverainement par les juges du fond² qui doivent prendre en considération les ressources du prévenu pour déduire la réalité de l'élément moral de l'abandon de famille³.

71. Un abandon pécuniaire manifeste source de danger ? – Si la condamnation d'un parent pour abandon de famille sanctionne avant tout une atteinte à l'autorité des décisions de justice, elle traduit également une négligence de sa part. Le parent se désintéresse manifestement de son enfant à un tel niveau qu'il refuse intentionnellement d'exécuter la décision judiciaire constatant l'existence d'une obligation alimentaire à son égard. Pour autant, ce délaissement parental met-il l'enfant en danger ? A la différence du délit de l'article 227-17 du Code pénal, cette incrimination n'a pas pour objet de protéger l'enfant dans sa sécurité physique ou morale, dans son éducation ou dans son développement. Elle tend prioritairement à veiller au respect des obligations pécuniaires familiales dès lors qu'elles ont été judiciairement constatées⁴. C'est la raison pour laquelle cette infraction n'autorise pas le retrait de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 378 du Code civil⁵. Il ne s'agit pas d'une infraction dirigée contre la personne du mineur. Néanmoins, rien n'interdit à la juridiction civile de prendre en compte l'abandon pécuniaire du parent pour caractériser les conditions du retrait de l'autorité de l'article 378-1 du Code civil. C'est ce que la cour d'appel de Reims a réalisé le 22 février 1991⁶. Dans cette espèce, l'autorité parentale a été retirée à des père et mère sur leurs deux enfants mineurs, confiées à leurs grands-parents, afin de les protéger juridiquement d'une action en subsides et de les stabiliser définitivement. Les magistrats du second degré relèvent que les parents se sont désintéressés de leurs enfants depuis plus de dix ans, au point d'être condamnés pour abandon de

¹ Difficultés financières admises : CA Aix-en-Provence, 6 octobre 1997, Jurisdata n° 1997-045018 (situation totalement inattendue ayant eu des répercussions sur ses revenus financiers) – CA Paris, 5 mai 1999, Jurisdata n° 1999-023839 (difficultés incontestables) – CA Rennes, 11 avril 2008, Jurisdata n° 2008-364511 (paiement partiel de la pension alimentaire en raison d'une diminution significative des revenus et accomplissement diligent de démarches judiciaires pour faire supprimer la pension en raison de la précarité du père). Difficultés financières refusées : CA Aix-en-Provence, 28 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040224 (séjour coûteux à Disneyland avec la nouvelle famille du débiteur peu après la décision de condamnation) – CA Paris, 28 novembre 2006, Jurisdata n° 2006-323213 (absence de recherches pour trouver un emploi) – CA Douai, 6 avril 2007, Jurisdata n° 2007-337315 (paiement d'un arriéré d'impôts privilégié à celui de l'obligation alimentaire) – CA Paris, 4 juillet 2007, Jurisdata n° 2007-339510 (emploi rémunérateur volontairement quitté ; voir également : CA Aix-en-Provence, 5 mars 1997, Jurisdata n° 1997-040510 – CA Rouen, 26 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040719) – CA Paris, 2 juillet 2008, Jurisdata n° 2008-368924 (absence de démonstration de l'impossibilité absolue de reprendre un emploi même aménagé en raison de son état de santé précaire).

² Cass. crim., 31 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 64.

³ Cass. crim., 14 avril 1999, n° 98-80.310. Dans le même sens : Cass. crim., 17 juin 1998, n° 97-84.100.

⁴ CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 688.

⁵ Cass. crim., 11 décembre 1984, *Bull. crim.*, n° 393.

⁶ CA Reims, 22 février 1991, Jurisdata n° 1991-042628. Dans un sens proche : CA Lyon, 23 septembre 2003, Jurisdata n° 2003-238598.

famille. En droit pénal, l'infraction de l'article 227-3 permet donc de mettre en évidence le désintérêt manifeste des parents pour leur progéniture, ce qui peut se traduire, en droit civil, par une délégation ou un retrait de l'autorité parentale. Autrement dit, l'abandon pécuniaire est un élément qui contribue à démontrer l'existence d'un délaissement parental. Pour prononcer le retrait de l'autorité parentale, la juridiction d'appel a également ajouté que les parents ne se sont pas manifestés depuis que les grands-parents ont accueilli les enfants, les protégeant dans leur santé, leur sécurité et leur moralité. Cette situation démontre un manque de direction et le danger couru par les mineures exposées à des troubles psychologiques et affectifs au cas où leur situation actuelle ne serait pas définitivement stabilisée. L'abandon pécuniaire de l'article 227-3 du Code pénal ne manifeste pas en lui-même un danger pour l'enfant victime de sa famille. Il met principalement en exergue une situation d'enfant délaissé par sa famille. Ce n'est que si d'autres éléments s'ajoutent à cette situation que l'enfant sera en danger dans sa famille.

§ 2/ La privation d'aliments ou de soins

72. Le cadre général de l'infraction. – L'article 227-15, alinéa premier du Code pénal réprime « *le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé* ». Le texte incrimine un comportement d'abstention qui doit s'inscrire dans la durée. C'est à cette seule condition que la santé de l'enfant pourra être compromise. Cette attitude consiste à priver d'aliments ou de soins un mineur. C'est pourquoi le délit est considéré comme « *une infraction continue qui perdure aussi longtemps que la privation se prolonge dans le temps* »¹. L'alinéa second de l'article 227-15 du Code pénal assimile à la privation de soins ou d'aliments « *le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants* ». Cette disposition constitue une extension de l'alinéa premier². Les conditions de l'alinéa précédent lui sont applicables pour la Cour de cassation³. Néanmoins, l'alinéa second incrimine un comportement positif : « *le fait de maintenir* ». C'est une infraction de commission qui se distingue de l'alinéa premier qui est une infraction d'omission.

¹ ALT-MAES (F.), « Privation d'aliments ou de soins », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 3.

² Cette idée est renforcée par le fait que l'alinéa débute par l'expression « *constitue notamment* ». Il s'agirait donc d'une déclinaison particulière de la privation de soins (en ce sens : CA Paris, 18 octobre 2005, Jurisdata n° 2005-298916).

³ Cass. crim., 12 octobre 2005, n° 05-81.192.

73. Le champ d'application personnel de l'infraction. – L'infraction de privation d'aliments ou de soins protège les mineurs de quinze ans¹. Il s'agit du seuil classique relatif à la protection des mineurs victimes. Néanmoins, l'alinéa second de l'article 227-12 vise uniquement les mineurs de six ans, c'est-à-dire les mineurs en âge préscolaire selon l'article L. 131-1 du Code de l'éducation. Cela signifie que pour les enfants âgés de plus de six ans, instrumentalisés à des fins de mendicité, ce serait l'article 227-17-1 du Code pénal qui s'appliquerait, les parents manquant à l'obligation de scolariser le mineur². Seuls les ascendants ou toutes autres personnes exerçant à l'égard du mineur l'autorité parentale ou ayant autorité sur lui peuvent être les auteurs de l'infraction. Il faut donc une autorité de droit³ ou de fait sur le mineur. Il faut entendre par le terme ascendant les père et mère qui exercent l'autorité parentale, mais aussi les grands-parents, bien qu'ils n'exercent pas cette autorité. La conception des ascendants est « *bien moins restrictive que celle adoptée dans l'article 227-17 qui se limite aux seuls père et mère* »⁴. Elle exclut toutefois les collatéraux du champ d'application personnel de l'infraction⁵. Au contraire, l'autorité de fait permet d'inclure cette catégorie de personne au sein du domaine d'application de l'infraction, car cette autorité s'exerce dans le cadre familial. Elle permet également de viser un nouvel époux, un partenaire⁶ ou un concubin⁷, mais à condition que la personne cohabite effectivement avec l'enfant⁸. En effet, « *l'incrimination consiste à ne pas subvenir aux besoins concrets et quotidiens de l'enfant, ce qui permet de penser que ne sont visées que les personnes ayant en charge quotidiennement l'enfant* »⁹. Par conséquent, le parent qui ne cohabite pas avec l'enfant relève davantage de l'infraction d'abandon de famille, étant donné qu'il ne respecte pas une décision de justice fixant une obligation alimentaire. A l'inverse, le concubin du parent peut

¹ Au-delà de quinze ans, le mineur peut réagir à ce type de comportement en subvenant lui-même à ses besoins (PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 592). Le législateur présume de la capacité du mineur de plus de quinze ans à subvenir à ses besoins. Dans l'hypothèse inverse, le comportement parental pourrait relever de la non-assistance à personne en danger (BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1614 ; ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 37). De même, l'abandon moral et matériel de l'article 227-17 du Code pénal pourrait s'appliquer car il vise tous les mineurs sans distinction d'âge, ce d'autant plus que la frontière entre les deux infractions est souvent mince (par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 2000, n° 99-82.477).

² Les articles 225-12-5 et 225-12-6 du Code pénal seraient également applicables car il peut s'agir d'une exploitation aggravée de la mendicité commise à l'égard d'un mineur.

³ Il peut s'agir d'un ascendant qui se trouve tenu d'une obligation à l'égard du mineur ou encore un tiers à qui l'enfant serait confié en application d'une décision judiciaire, prise notamment sur les fondements de l'article 373, de l'article 375-3 ou de l'article 377 du Code civil. L'enfant serait alors victime de sa famille d'accueil et non de sa famille biologique (CA Poitiers, 24 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-007572).

⁴ ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 33.

⁵ Pour un grand-oncle : CA Douai, 11 mai 2000, *D.*, 2001, somm., p. 2871, obs. DUMAINE (L.).

⁶ ALT-MAES (F.), « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G.*, 2000, I, 275.

⁷ Cass. crim., 28 février 1956, *Bull. crim.*, n° 201 – CA Bourges, 12 novembre 2009, Jurisdata n° 2009-021214.

⁸ Cass. crim., 29 juin 1976, *Bull. crim.*, n° 375 – Cass. crim., 1^{er} février 1989, *Bull. crim.*, n° 42.

⁹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1613. En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 60.

se voir opposer la privation d'aliments, dès lors qu'il ne subvient pas aux besoins élémentaires de l'enfant¹. Il faut pour cela qu'il s'abstienne de pourvoir aux besoins essentiels du mineur en raison du désintérêt manifeste qu'il lui porte.

74. Un comportement négatif : une abstention. – La privation d'aliments ou de soins se distingue du délaissement de mineur dans un lieu quelconque. Cette infraction suppose un comportement positif d'abandon tandis que la privation est une abstention². Elle aboutit à un délaissement du mineur en raison d'une négligence familiale et non pas en raison d'un acte positif d'abandon. Concrètement, le délit est constitué par un fait négatif. Il est reproché aux parents ou aux tiers qui ont une autorité de fait sur l'enfant de ne pas avoir satisfait ses besoins vitaux quotidiens et élémentaires en soins³, nourriture⁴, voire en hygiène⁵, en quantité et en qualité suffisantes. Un seul fait de privation suffit à mettre en évidence le désintérêt du parent et l'infraction⁶. Cela est d'autant plus vrai que l'exposition d'un enfant sur la voie publique dans le but de solliciter la générosité des parents est assimilée à une privation d'aliments ou de soins, sauf si la santé du mineur n'a pas été compromise⁷. L'infraction ne serait donc pas constituée si la santé du mineur n'a pas été mise en péril par le comportement familial.

75. La compromission de la santé du mineur : un délit formel ou matériel ? – Certains auteurs pensent que l'infraction, pour être caractérisée, doit avoir entraîné une atteinte effective et dommageable à l'intégrité physique ou psychique de l'enfant. Sa santé doit être impactée par la privation. La privation d'aliments ou de soins serait une infraction de résultat⁸. Pour d'autres, l'emploi du terme « compromettre » dans la disposition exclurait la notion de résultat. Seule une mise en péril serait exigée. Les privations doivent être de nature à nuire à la santé de l'enfant sans pour autant que celle-ci soit impérativement altérée par le comportement parental. Un risque

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1613 ; ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 7 ; GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), précité, *AJ fam.*, 2002, p. 244.

² La distinction entre les deux infractions n'est pas toujours évidente : CA Douai, 2 mai 2007, Jurisdata n° 2007-337311.

³ Le défaut de soins peut être caractérisé par le fait de laisser seule une enfant de deux ans et demi dans une poussette dans un escalier, l'enfant étant décédée des suites de la chute (CA Douai, 5 mai 2010, Jurisdata n° 2010-014573). C'est également la situation où l'agent ne donne pas les soins médicaux nécessaires au mineur (CA Dijon, 17 juin 1998, Jurisdata n° 1998-043681).

⁴ Le terme « aliments » dans l'article 227-15 du Code pénal désigne la nourriture et non les « aliments » au sens plus étendu du droit civil (CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 117 ; ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 13). Pour un exemple : CA Poitiers, 24 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-007572.

⁵ CA Paris, 15 juin 1951, *D.*, 1951, jurispr., p. 568 – CA Douai, 15 mai 2007, Jurisdata n° 2007-337308 – CA, Douai, 10 janvier 2008, n° 2008-360450.

⁶ En ce sens : RENUCCI (J.-F.), *op. cit.*, Paris : Masson, 1994, p. 59.

⁷ Cass. crim., 12 octobre 2005, n° 05-81.192.

⁸ PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 593.

suffirait pour caractériser l'infraction. Il s'agirait alors d'un délit formel, cette idée étant renforcée par le fait que l'article 227-15 est inséré dans une section du Code pénal relative à la mise en péril de mineurs¹. La Cour de cassation a ainsi admis qu'une mère pouvait être condamnée sur le fondement de l'article 227-15 du Code pénal alors que sa fille n'avait ni anomalie, ni carence alimentaire car elle trouvait refuge chez sa voisine. Par conséquent, la réalisation du risque n'était pas une condition nécessaire à la répression². La privation ne devait pas avoir effectivement compromis la santé de l'enfant. Il suffisait que celle-ci soit susceptible de l'être.

Un arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2005 semble remettre en cause cette analyse³. Pour la Haute juridiction, l'infraction de l'article 227-15 du Code pénal serait un délit matériel. Elle a affirmé qu'une mère devait être relaxée car son enfant était en bonne santé : la privation de soins au sens de l'alinéa second de l'article 227-15 n'avait pas compromis la santé du mineur. Or, « *compte tenu de l'absence d'autonomie de l'alinéa second* », il est possible de « *considérer que les indications données par la Cour de cassation [...] valent également pour l'alinéa précédent* »⁴. Désormais, l'altération de la santé du mineur victime, consécutive à une privation de soins ou d'aliments, doit être effective. La notion d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique du mineur est privilégiée au détriment de celle de péril⁵. Pour autant, le délit de l'article 227-15 est un délit de prévention. Il peut être réprimé de manière préventive puisqu'il est certain qu'une nourriture, des soins ou une hygiène insuffisants impliquent inévitablement une dégradation de la santé de l'enfant. Ces privations peuvent être punies en considération du résultat mais avant que celui-ci ne survienne formellement⁶. La solution adoptée par la Cour de cassation, si elle s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel orienté vers la répression du résultat réalisé⁷, restreint le domaine de la catégorie d'enfant délaissé par sa famille⁸. En effet, certains comportements parentaux ne manifesteront plus un désintérêt manifeste à l'égard des mineurs même si celui-ci est intentionnel.

¹ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.), MAYAUD (Y.), *op. cit.*, Paris : Dalloz, 1996, p. 485 ; NERAC-CROISIER (R.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15 ; RASSAT (M.-L.), *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 342 ; CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 117. En ce sens : RENUCCI (J.-F.), *op. cit.*, Paris : Masson, 1994, p. 59.

² Cass. crim., 9 février 2000, n° 99-82.477.

³ Cass. crim., 12 octobre 2005, *Bull. crim.*, n° 259 – Cass. crim., 12 octobre 2005, n° 05-81.192.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1616.

⁵ MARÉCHAL (J.-Y.), « La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? obs. sous cass. crim., 12 octobre 2005 », *D.*, 2006, p. 2446.

⁶ MARÉCHAL (J.-Y.), précité, *D.*, 2006, p. 2446.

⁷ *Supra*. § 67 pour l'abandon moral et matériel ; MARÉCHAL (J.-Y.), précité, *D.*, 2006, p. 2446.

⁸ CA Douai, 15 mai 2007, RG n° 07/00489 ; *contra*. : CA Douai, 15 février 2006, Jurisdata n° 2006-301590 (dans cette espèce, la mère, condamnée, laissait ses enfants seuls à la maison, sans gaz, ni eau ni électricité ; elle remplissait de temps en temps le réfrigérateur de victuailles qu'ils ne pouvaient faire cuire faute de gaz ; les enfants étaient laissés à la charge des voisins qui leur donnaient à manger).

76. Un comportement intentionnel. – La privation d'aliments ou de soins est une infraction intentionnelle. Elle nécessite « *la conscience, la connaissance ou la prévision qu'il en résulterait un mal pour l'enfant* »¹. La Cour de cassation a par ailleurs confirmé le caractère intentionnel de cette infraction dans un arrêt du 9 février 2000². Il n'est cependant pas nécessaire de démontrer la volonté de l'auteur de causer un dommage à l'enfant, c'est-à-dire de porter atteinte à sa santé. L'intention de l'agent est une volonté consciente de priver l'enfant d'aliments ou de soins au point de mettre sa santé en péril. L'élément moral suppose la conscience et la connaissance que la privation peut entraîner un mal pour le mineur³. Des justifications peuvent par ailleurs être apportées à l'infraction de privation d'aliments ou de soins, en particulier lorsqu'elles sont fondées sur les nécessités de l'éducation⁴.

L'identification d'une telle conscience n'est pas toujours aisée face aux convictions religieuses des parents, notamment lorsqu'ils appartiennent à un mouvement sectaire dans lequel les carences alimentaires sont faites pour le bien de l'enfant. La cour d'appel de Paris a ainsi condamné des prévenues, mères de famille vivant en communauté avec leurs enfants, alors qu'elles prétendaient n'avoir pas eu conscience de la dangerosité du régime qu'elles imposaient aux mineurs. La juridiction d'appel a déduit l'élément intentionnel du fait que les mères avaient déjà été poursuivies pour des faits similaires⁵. La question du refus des transfusions sanguines pose également le problème de la démonstration de l'intention des parents qui choisissent volontairement le risque de mort pour leur progéniture plutôt qu'une guérison certaine ou au moins éventuelle⁶. Les père et mère n'ont pas nécessairement conscience du risque qu'ils font courir à leurs enfants⁷. Dans le même sens, l'exigence de l'élément moral de l'infraction supposerait que des parents qui ne fournissent pas des aliments ou des soins suffisants aux enfants, en raison de leur situation économique précaire, ne les privent pas volontairement de soins. Ils seraient matériellement dans l'impossibilité de satisfaire les besoins nécessaires au

¹ Cass. crim., 11 mars 1975, *Gaz. pal.*, 1975, II, p. 507.

² Cass. crim., 9 février 2000, n° 99-82.477.

³ NERAC-CROISIER (R.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15. Voir également : GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 70 ; ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 38 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1617.

⁴ Ainsi, « *l'enfant privé de dessert ou de dîner est assurément 'privé d'aliment'.* Mais une telle privation se trouve justifiée par les usages en vigueur dans l'éducation des enfants, et, en toute hypothèse, elle ne compromet pas gravement la santé de l'intéressé » (PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 594).

⁵ CA Paris, 17 mars 2006, Jurisdata n° 2006-304465.

⁶ HUYETTE (M.), « Les sectes et la protection judiciaire des mineurs », *D.*, 1996, chron., p. 271. L'auteur évoque aussi la question du refus des vaccinations obligatoires.

⁷ Si le délit de privation de soins et d'aliments n'est pas retenu, l'homicide involontaire par imprudence ou le défaut d'assistance à personne en péril peuvent être appliqués (T. corr. Dunkerque, 30 octobre 1953, *D.*, 1954, jurispr., p. 270 – CA Grenoble, 9 avril 1954, *D.*, 1954, jurispr., p. 375 ; voir également en ce sens : Cass. crim., 29 juin 1967, *Bull. crim.*, n° 199).

développement du mineur¹. En effet, la pauvreté peut être une cause de désintérêt manifeste, de négligence de l'enfant. La privation de soins ou d'aliments serait alors la manifestation ultime du délaissement de l'enfant. Il est cependant difficile d'admettre que la précarité de la famille puisse justifier la privation d'aliments ou de soins², ce d'autant plus que les parents peuvent faire appel aux aides de la puissance publique. En ce sens, la cour d'appel de Limoges a condamné une mère de famille pour privations de soins ou d'aliments car elle a compromis la santé de ses enfants par son inaction. L'altération de la santé des mineurs, caractérisée par une malnutrition, est la conséquence d'une mauvaise gestion du budget familial alors que les revenus de la famille permettaient de leur assurer une alimentation et des soins appropriés. Le parent avait nécessairement conscience de la situation, dès lors qu'elle s'occupait exclusivement des enfants. Elle n'a en outre pas estimé utile d'alerter les services sociaux³.

77. Privation de soins et d'aliments, délaissement et danger. – Le délit organisé à l'article 227-15 du Code pénal est une manifestation de la catégorie d'enfant délaissé par sa famille. La privation de soins ou d'aliments traduit une négligence familiale, le plus souvent parentale. Or, négliger consiste à « *ne plus porter à quelqu'un l'attention, l'affection qu'on devait ou qu'on avait pour lui* »⁴, ce qui se matérialise ici par une privation de soins, d'aliments ou d'hygiène pour le mineur victime de sa famille. En d'autres termes, le parent se désintéresse manifestement du mineur, ce d'autant plus qu'il *a priori* conscience que ce comportement négatif peut mettre en danger le mineur. Le délaissement parental est donc susceptible de mettre en danger la santé du mineur ou de compromettre les conditions de son développement. Une mesure d'assistance éducative pourrait dès lors être ordonnée. Un retrait de l'autorité parentale est également possible comme le montre l'espèce soumise au tribunal correctionnel de Perpignan le 9 avril 2010⁵. Dans cette espèce, les parents se sont vus retirés leur autorité après avoir privé leurs enfants de nourriture et de soins dans le but de les purifier. Ce retrait de l'autorité parentale fondé sur une condamnation pénale démontre l'existence du danger implicite encouru par les enfants, en raison de la négligence de leurs père et mère.

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, § 71.

² AMAR (J.), « Privation d'aliments ou de soins », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2005, § 7.

³ CA Limoges, 26 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-048116.

⁴ *Le Petit Larousse illustré*, V° négliger.

⁵ T. corr. Perpignan, 9 avril 2010, cité par ALT-MAES (F.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 38 ; voir également : <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20100411.OBS2230/des-parents-condamnes-a-cinq-ans-de-prison-pour-maltraitance.html>, consulté le 19 janvier 2012.

Conclusion du chapitre 1

78. L'interdépendance des manifestations de l'enfant délaissé par sa famille en droit civil et en droit pénal. – La combinaison des articles 227-1, 227-3, 227-15 et 227-17 du Code pénal permet d'illustrer la diversité des situations d'enfants délaissés par leurs familles. Ces dispositions manifestent, par les comportements de commission ou d'omission qu'ils incriminent, des hypothèses où le désintérêt manifeste des parents est susceptible de placer l'enfant dans une situation de péril. Sur le plan pénal, cet agencement législatif garantit la prise en considération totale de l'enfant appartenant à la catégorie classique du mineur victime de sa famille en raison d'un délaissement parental, et cela afin de lui garantir une protection effective. Cette prise en compte ne se limite toutefois pas à la législation pénale car « *il y a une interpénétration constante du droit civil et du droit pénal* »¹. Il n'est donc pas possible de « *méconnaître les relations étroites qui unissent ces deux branches du droit* »². La caractérisation d'un abandon de l'enfant en droit pénal peut ainsi emporter des conséquences en droit civil. Ces infractions permettent au juge pénal ou au juge civil de prononcer un retrait de l'autorité parentale en raison du défaut ou d'un manque de direction³. Le retrait de l'autorité parentale n'est pas la seule manifestation en droit civil de l'enfant délaissé. Le juge des enfants qui intervient pour protéger la catégorie des mineurs en danger peut fonder son intervention sur le désintérêt manifeste des parents. Pour autant, le désintérêt manifeste, condition de mise en œuvre de la délégation d'autorité parentale ou de la déclaration judiciaire d'abandon, constitue l'expression première de la catégorie d'enfant délaissé par sa famille, au point qu'il a été proposé de le remplacer par la notion du délaissement parental. Il existe néanmoins « *une mixité du critère du désintérêt manifeste* »⁴. Celui-ci peut manifester un délaissement parental comme un état de danger pour l'enfant. Autrement dit, la catégorie d'enfant délaissé par sa famille recouvrirait dans les faits celle de l'enfant en danger dans sa famille. Cette proximité s'expliquerait par le caractère abstrait des notions de désintérêt manifeste ou de danger, ce d'autant plus que le concept du danger se révèle être un standard juridique.

¹ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité élémentaire de droit pénal et de législation comparée*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, 1947, p. 3.

² DONNEDIEU DE VABRES (H.), *ibid.*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, 1947, p. 3.

³ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), précité, *AJ fam.*, 2002, p. 244.

⁴ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 738.

CHAPITRE 2. L'ENFANT EN DANGER OU EN RISQUE DE DANGER DANS SA FAMILLE

79. Une catégorie classique d'enfant victime de sa famille. – Avant la loi du 5 mars 2007¹, le département et l'autorité judiciaire n'intervenaient pas dans les familles sur le même fondement. Les Conseils généraux avaient pour mission de protéger les mineurs maltraités c'est-à-dire les enfants victimes de mauvais traitements dans leurs familles². Selon la commission BARROT, la maltraitance concerne les « *enfants victimes, de la part de leurs parents ou d'adultes en ayant la garde, soit de brutalités volontaires, soit d'une absence intentionnelle de soins entraînant des lésions physiques ou des troubles de l'état général. On y inclut les enfants victimes de comportements plus difficiles à mettre en évidence, car ne laissant pas de trace physique : brutalités mieux contrôlées, comportement sadiques, manifestation de rejet, de mépris, d'abandon affectif, d'exigences éducatives disproportionnées... Leur retentissement sur le développement psychoaffectif de l'enfant peut être aussi grave que celui de sévices corporels* »³. A l'inverse, le juge des enfants était compétent pour protéger les enfants en danger dans leurs familles⁴. L'absence de synonymie entre ces deux catégories de mineurs victimes de leurs familles était source de confusions et d'incompréhensions. Ce manque de cohérence rendait également difficile l'articulation entre les protections socio-administrative et judiciaire⁵, ce d'autant plus que la notion de maltraitance représentait un frein à l'action socio-administrative en cas de risque de danger. Elle était jugée restrictive étant donné que l'enfant maltraité n'est qu'une catégorie d'enfant en danger, notion plus large et plus ouverte⁶. La coexistence des deux notions était donc critiquée, ce qui appelait une adaptation du droit au fait⁷. Cette dichotomie a été supprimée au profit d'une catégorie unique de mineur victime de sa famille : l'enfant en danger ou en risque de danger. Depuis, ce critère justifie l'immixtion des autorités publiques pour « *venir, au besoin, suppléer une autorité parentale défaillante* »⁸.

¹ L. n° 2007-293 précitée.

² Anc. art. L. 221-1, 5°, C. act. soc. et fam.

³ Commission préparatoire à la loi du 10 juillet 1989 relative à la protection des mineurs et à la prévention des mauvais traitements, présidée par Jacques BARROT, Décembre 1988 cité par LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat*, 2005-2006, p. 9. Dans le même sens : GROSSET (D.), *op. cit.*, Paris : *Masson*, 1996, p. 4

⁴ Art. 375 C. civ.

⁵ La distinction de l'ODAS entre enfants en risque et enfants maltraités ajoutait d'ailleurs à cette confusion (ODAS, *L'observation de l'enfance en danger : guide méthodologique*, Edition revue et complétée, Odas Editeur, mai 2001, p. 17 et s.). *Infra*. § 130 sur l'articulation des interventions socio-administrative et judiciaire.

⁶ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat*. 2005-2006, p. 43.

⁷ ATIAS (C.), LINOTTE (D.), précité, *D.*, 1977, chron., p. 251.

⁸ SOUCHER (M.), « La loi réformant la protection de l'enfance », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al., *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge : Editions législatives, 2007, p. 19, spé. p. 31.

80. Le fondement d'une ingérence. – La notion de danger ou de risque de danger permet à la puissance publique de porter atteinte à la vie familiale. Cela signifie que les difficultés rencontrées par la famille doivent matérialiser un danger pour le mineur. C'est le sens de l'article L. 221-1, 1° du Code de l'action sociale et des familles selon lequel la famille et le mineur doivent être « *confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social* ». Le danger apparaît comme un principe fondateur de la protection de l'enfant victime de sa famille. Il justifie expressément l'intervention du juge des enfants à l'article 375 du Code civil ainsi que le prononcé d'un retrait de l'autorité parentale¹. Cette condition se retrouve explicitement aux articles L. 221-1, 1°, L. 221-1, 5° et L. 226-2 du Code de l'action sociale et des familles pour l'intervention du Conseil général. Il est toutefois possible de retrouver implicitement cette notion de danger dans d'autres situations². Les articles 373-3 et 373-2-1, alinéa deuxième du Code civil emploient effectivement d'autres expressions qui pourraient être rapprochées de la notion de danger³.

81. La diversité des situations d'enfants en danger. – Le législateur a circonscrit la catégorie de mineur en danger par référence à l'autorité parentale, telle qu'elle est précisée à l'article 371-1 du Code civil. Le mineur serait victime de sa famille lorsque sa santé, sa sécurité, sa moralité sont en danger ou en risque de l'être ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises ou risquent de l'être. La variété des termes employés dans la loi démontre que la notion de danger peut recouvrir plusieurs sens (Section 1), ce qui devrait faciliter la preuve de son existence (Section 2).

Section 1. Le danger : une notion polysémique

82. Une réalité connue mais non définie. – La notion de danger ou de risque de danger permet de désigner une seule et même réalité depuis longtemps connue de notre législation : un enfant victime de sa famille en raison du danger qu'il encoure au sein de celle-ci. Il n'existe cependant aucune définition précise de ce concept. L'opportunité de déterminer les caractéristiques du danger, afin de tenir compte des progrès des connaissances sur le

¹ Art. 378 et 378-1 C. civ.

² AUTEM (D.), *Les mesures judiciaires de placement de l'enfant mineur*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Lille 2, 1998, tome 1, § 137 ; GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 735-740. En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 85.

³ L'article 373-3 du Code civil emploie l'expression « *circonstances exceptionnelles* » tandis que l'alinéa deuxième de l'article 373-2-1 du même Code fait référence aux « *motifs graves* ».

développement de l'enfant, a été une des questions qui a traversé les débats relatifs à l'élaboration de la loi du 5 mars 2007¹. Une définition juridique abstraite et limitative aurait probablement sécurisé la mise en œuvre de cette notion, mais celle-ci aurait été figée. En outre, le caractère indéterminé du danger permet de tenir compte d'un éventail de situations où le mineur est susceptible d'être victime de sa famille. L'imprécision de la notion permet d'appréhender un ensemble de circonstances susceptibles de mettre physiquement, moralement ou matériellement en danger l'enfant². Le danger ou le risque de danger serait une notion indéterminée du droit de la famille (§ 1) même si la jurisprudence a mis en évidence une multitude de situations factuelles où l'enfant est en danger (§ 2).

§ 1/ Une notion indéterminée du droit de la famille

83. L'usage linguistique courant de la notion de danger. – Le concept de danger n'a pas été défini en 2007 alors qu'il reste une notion difficile à cerner. Il peut se définir « *par extension du sens de domination et de puissance,* » comme une « *situation, conjoncture, circonstance qui compromettent la sûreté, l'existence d'une personne ou d'une chose* »³. Le dictionnaire *Larousse* précise que le danger se caractérise par une « *situation où l'on est exposé à quelque chose qui légitime une inquiétude ; ce qui constitue une menace, un risque, qui compromet l'existence ou le bon état de quelque chose, de quelqu'un* »⁴. Or, compromettre c'est « *exposer quelque chose [ou quelqu'un] à un danger, à une atteinte, à un risque* »⁵. Le péril est lui-même aujourd'hui synonyme de danger⁶. Il existe donc un flou dans les termes utilisés pour circonscrire la notion de danger, ce qui rend « *la définition quelque peu tautologique* »⁷. Cela tient probablement au fait que les explications données au danger dans l'usage linguistique courant correspondent à la définition que chaque individu se fait intuitivement du danger. Elles ne permettent cependant pas de résoudre des cas particuliers⁸. Le danger est une « *notion relative* »⁹. Le Code civil et le Code de l'action sociale et des familles précisent qu'il doit concerner la santé, la sécurité, la moralité, l'éducation et le développement physique, affectif, intellectuel et social du

¹ NAVES (P.) et al., *La réforme de la protection de l'enfance, Une politique publique en mouvement*, Paris : Dunod, 2007, p. 41.

² NAVES (P.) et al., *ibid.*, Paris : Dunod, 2007, p. 45.

³ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V^o danger.

⁴ *Le Petit Larousse illustré*, V^o danger.

⁵ *Le Petit Larousse illustré*, V^o compromettre.

⁶ *Supra.* § 56.

⁷ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 721.

⁸ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 108.

⁹ NEIRINCK (C.), *Le droit de l'enfance après la convention des nations unies*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 172.

mineur. Si ces éléments permettent de cerner le danger, ils n'entraînent aucun changement dans la détermination du concept. Il est dès lors possible d'affirmer que la notion de danger est foncièrement subjective et imprécise¹, ce qui empêche toute tentative de définition abstraite². Des juristes ont pourtant tenté de cerner la notion³. La doctrine a ainsi fait appel à d'autres concepts pour tenter de définir le danger (A) bien qu'il appartienne en réalité à la catégorie des standards juridiques (B).

A/ Les rapprochements doctrinaux

84. Le conflit. – Le conflit peut se définir comme une opposition de vue ou d'intérêts, une mésentente, une situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès voire en un affrontement de fait⁴. Il matérialise l'idée d'une divergence profonde voire d'une lutte entre des individus. Le concept de danger a été rapproché de cette notion de conflit⁵. Le mineur serait en danger en raison du conflit existant entre lui et ses parents ou entre l'enfant et la société. Or, un enfant peut être objectivement en danger alors qu'il n'est pas en conflit avec sa famille⁶. Il est même possible que le mineur soit en danger quand bien même il existe une bonne entente entre ses parents⁷. Inversement, le mineur peut être en conflit avec ses parents sans être en danger dans sa famille. Par exemple, le recueil du mineur fugueur par le service de l'ASE permet de protéger l'enfant sans avoir « à entrer dans une procédure d'admission à l'aide sociale à l'enfance, inutilement stigmatisante pour la famille alors qu'il n'y a pas réellement de carence éducative mais simplement un conflit exacerbé entre un adolescent et ses parents »⁸. S'il n'est pas nécessaire d'organiser l'accueil du mineur par l'ASE ou d'accorder des prestations d'ASE à la

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 386 ; NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 173 ; HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 106.

² ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 42.

³ DEISS (A.), « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G.*, 1983, I, 3125 ; MACORIG-VENIER (F.), « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance ? », *RDSS*, 1993, p. 73 ; LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 50 et s. Voir également la distinction de l'ODAS entre enfants en risque et enfants maltraités (ODAS, *L'observation de l'enfance en danger : guide* précité, Edition revue et complétée, Odas Editeur, mai 2001, p. 17 et s.).

⁴ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o conflit.

⁵ FALCONETTI (H.), « Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative », *D.*, 1963, chron., p. 45 ; DEISS (A.), précité, *JCP G.*, 1983, I, 3125 ; CHAZAL (J.), « La notion du danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Volume I, Paris : Pédone, 1975, p. 327 ; DELFOSSE-CICILE (M.-L.), *Le lien parental*, Paris : LGDJ : Université Panthéon-Assas, 2003, § 208-209.

⁶ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 388.

⁷ En ce sens : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 388.

⁸ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 77.

famille, c'est qu'il n'y a pas réellement de danger. En effet, la compétence du président du Conseil général dépend de l'existence du danger ou du risque de danger¹.

La jurisprudence a écarté ce rapprochement doctrinal. La Cour de cassation considère que le juge des enfants n'est compétent qu'en cas de danger². Il faudrait que la situation de conflit soit constitutive d'un danger pour le mineur. L'article L. 226-4, I, 2° du Code de l'action sociale et des familles semble néanmoins introduire l'idée d'un conflit. Cette disposition autorise le président du Conseil général à saisir le procureur de la République lorsque la famille refuse d'accepter l'intervention de l'ASE. Dans cette hypothèse, il existerait un conflit entre la famille et l'autorité administrative, mais le texte pose en principe que le mineur doit être en danger au sens de l'article 375 du Code civil. Le recours à la notion de conflit ne serait donc que subsidiaire, ce d'autant plus qu'il ne s'agit pas d'un conflit dans la famille. Autrement dit, si le service de l'ASE est en conflit avec la famille relativement aux mesures de protection à mettre en place, l'autorité judiciaire ne sera pas compétente s'il n'existe aucun danger pour le mineur³. En réalité, cette disposition définit les cas de recours à l'autorité judiciaire et rappelle la compétence de droit commun des Conseils généraux en matière de protection de l'enfance⁴. La question du rapprochement entre le danger et le conflit semble dépassée par l'affirmation opérée par la loi quant au critère du danger comme condition d'intervention de la puissance publique.

85. L'urgence. – La notion d'urgence a été utilisée pour tenter de définir le danger⁵ mais ce concept est tout aussi imprécis. Elle est un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est pas porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement un péril imminent⁶. L'urgence est susceptible de contribuer à l'existence du danger, mais elle n'est pas le danger. L'enfant peut être en danger avant même d'avoir subi un dommage dans sa famille. Elle autorise néanmoins l'intervention des autorités publiques dans la famille avant que la situation ne soit irrémédiablement compromise pour l'enfant. En effet, l'urgence joue un rôle spécifique dans le droit de la protection de l'enfance. Elle permet de prendre des mesures provisoires en assistance éducative⁷. Elle facilite également le recueil des mineurs fugueurs par le

¹ *Infra.* § 119 et s.

² Conflit des parents à propos de la résidence du mineur : Cass. civ., 1^{ère}., 29 novembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 653 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1990, *Bull. civ.* I, n° 47. Conflit entre un parent et la personne à qui a été confié l'enfant : Cass. civ., 1^{ère}., 28 janvier 1969, *Bull. civ.* I, n° 43.

³ *Infra.* § 149.

⁴ *Infra.* § 134.

⁵ FALCONETTI (H.), précité, *D.*, 1963, chron., p. 45 ; DEISS (A.), précité, *JCP G.*, 1983, I, 3125 ; CHAZAL (J.), précité, *in op. cit.*, *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Volume I, Paris : Pédone, 1975, p. 327.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° urgence.

⁷ Art. 375-5 C. civ. ; art. 1184 C. pr. civ.

service de l'ASE¹. Cet accueil d'urgence se justifie par la situation de mise en danger de l'enfant fugueur en raison d'un contexte familial difficile². Le législateur a ainsi jugé nécessaire de mettre en place « *un accueil d'urgence des mineurs en danger non formalisé c'est-à-dire ne nécessitant pas l'ouverture immédiate d'une mesure d'assistance éducative ou d'admission à l'aide sociale à l'enfance* »³. L'urgence a donc été écartée de la définition du danger comme l'intérêt de l'enfant, ce d'autant plus qu'elle cantonne uniquement le juge dans un rôle répressif⁴. Si cette idée peut refléter l'intervention du juge aux affaires familiales, ce n'est pas le cas du juge des enfants qui a pour mission de réguler l'exercice de l'autorité parentale⁵.

86. L'intérêt de l'enfant. – L'intérêt supérieur de l'enfant a une valeur forte et symbolique dans notre droit et notre contexte social contemporain⁶. La notion de danger se distingue en principe de celle de l'intérêt de l'enfant. En effet, le danger ne peut pas se confondre avec l'intérêt supérieur de l'enfant⁷. L'intérêt de l'enfant est un critère autonome guidant l'intervention des magistrats dans la famille, comme le rappellent notamment l'alinéa deuxième de l'article 375-1 du Code civil⁸ ou l'alinéa premier de l'article 373-2-6 du même Code⁹. Pourtant, l'intérêt de l'enfant serait présent dans la détermination du contenu du danger. Il viendrait délimiter cette notion indéterminée du droit de la famille. Il existerait une corrélation certaine entre danger et intérêt de l'enfant puisque cet intérêt ne serait plus préservé lorsque l'enfant se trouve en danger¹⁰. La Cour européenne des Droits de l'Homme a admis que « *l'intérêt évident primordial de l'enfant [est] d'être préservé d'un parent sur lequel pesaient des soupçons* »¹¹ de mauvais traitement. Il n'en demeure pas moins que le danger ne peut pas être défini par référence à l'intérêt supérieur de l'enfant qui est une « *notion magique* »¹², « *fluide et variable* »¹³. Il paraît impossible de préciser une notion par un concept tout aussi imprécis.

¹ Art. L. 223-2 C. act. soc. et fam.

² PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256, Projet de loi n° 3184 réformant la protection de l'enfance*, Doc. AN, XII^{ème} législature, p. 103.

³ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393 précité*, Doc. Sénat. 2005-2006, p. 31.

⁴ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 48.

⁵ *Infra.* § 182.

⁶ DONNIER (M.), « L'intérêt de l'enfant », *D.*, 1959, chron., p 178.

⁷ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 740.

⁸ Par exemple : Cass. civ. 1^{ère}., 17 février 2010, n° 08-70.385.

⁹ Par exemple : Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, n° 06-12.655 – Cass. civ. 1^{ère}., 19 novembre 2009, n° 09-68.179.

¹⁰ FERNAUD (L.), « L'intérêt de l'enfant, critère d'intervention des personnes publiques en matière de protection des mineurs », *RDSS*, 2011, p. 1136. En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 83 et 84.

¹¹ Cour EDH, 19 septembre 2000, *Gnahoré c/ France*, req. n° 40031/98, § 56.

¹² CARBONNIER (J.), « Note sous CA Paris, 30 avril 1959 », *D.*, 1959, jurispr., p. 673.

¹³ DONNIER (M.), précité, *D.*, 1959, chron., p 178.

Comme le danger, l'intérêt de l'enfant est également une notion à contenu variable¹, un standard juridique² ou encore une notion indéterminée du droit de la famille³. Aucune définition objective et abstraite ne peut être dégagée de cette notion⁴. C'est la raison pour laquelle le doyen CARBONNIER a pu préciser que « *l'intérêt étant multiforme et certaines de ses formes impalpables (l'intérêt moral, l'intérêt futur, l'intérêt familial, où il y a du moral et du futur) – chacun, de très bonne foi, peut s'en faire du dehors une conception différente et la notion est finalement trop vague pour fournir un principe objectif de solution* »⁵. Cela n'est pas le cas de la carence éducative reprochée aux père et mère.

87. La carence éducative. – A partir des années soixante-dix⁶, une nouvelle analyse de la notion de danger consiste à l'associer à la carence éducative. Celle-ci peut se définir comme « *l'abstention des personnes à qui incombe le soin de promouvoir le développement de l'enfant* »⁷. Dans cette hypothèse, le danger trouverait directement son origine dans l'autorité parentale et une défaillance de celle-ci permettrait de le circoncrire⁸. La notion de danger a ainsi été qualifiée de « *notion relationnelle* », car il ne s'agirait que d'une perturbation de la relation parent-enfant⁹ ou plutôt de la relation entre le représentant légal et le mineur¹⁰. L'état d'un mineur en danger serait « *caractérisé par une conjonction de manques. Des soins essentiels à l'enfant, nécessaires à son développement ne sont pas satisfaits ou le sont insuffisamment* »¹¹. Il y aurait un danger pour le mineur toutes les fois où il est possible de constater une défaillance parentale

¹ CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 99.

² EDEL (V.), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *RRJ*, 2009-2, p. 579 ; NEIRINCK (C.), « A propos de l'intérêt de l'enfant », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 25.

³ FREMAUX (S.), « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ*, 1998-3, p. 865 ; GOUTTENOIRE (A.), « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 147.

⁴ Sur ce point : RENCHON (J.-L.), « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 29.

⁵ CARBONNIER (J.), « Note sous TGI Versailles, 24 septembre 1962 », *D.*, 1963, jurispr., p. 52.

⁶ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 50.

⁷ HENRY (M.) avec la collaboration de GIRAULT (H.) et CHIRAL (Y.), *op. cit.*, Vaucresson : Centre de formation et de recherche de l'éducation surveillée, 1972, p. 163.

⁸ Cette analyse paraît la plus pertinente en raison de la symétrie existante entre les articles 371-1 et 375 du Code civil et notamment l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles.

⁹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 391 ; NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 171.

¹⁰ AUTEM (D.), Thèse précitée, Université Lille 2, 1998, tome 1, § 150.

¹¹ LEBLANC (J.-P.), « La prise en charge des "mineurs de justice". Espace d'incertitudes et de conflits... idéologiques » in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 169.

dans l'éducation de l'enfant, c'est-à-dire un exercice déficient de l'autorité parentale. Le danger résulterait des « *carences parentales dont il serait le résultat* »¹.

Les causes de l'état de danger sont « *prioritairement en rapport avec la fonction parentale et avec les attributs de l'autorité parentale. [Les] parents ne savent pas, ne veulent pas ou plus souvent ne peuvent pas assumer l'ensemble des fonctions parentales ou bien la nature de leur action est inadaptée, voire pathogène* »². L'expression mineur en danger se déclinerait en réalité sous deux aspects, « *l'un lié directement à la fonction parentale, l'autre plutôt à l'adolescent même si l'on peut considérer que l'inadaptation qu'il exprime est en partie la conséquence directe de carences précoces dans l'exercice de la fonction parentale* »³. Ainsi, il semble possible d'affirmer que l'enfant se trouve en danger en raison du mauvais usage de leurs prérogatives par les père et mère. Il n'est donc pas possible de protéger l'enfant en danger avant sa naissance⁴, mais rien n'interdit au juge d'intervenir immédiatement après l'accouchement de la mère⁵. Le danger résulterait alors de carences éducatives antérieures à la naissance du mineur, notamment à l'égard des autres enfants de la fratrie. De même, l'article 375 du Code civil n'autorise pas l'intervention du juge des enfants lorsque c'est un mineur non émancipé qui est danger. En définitive, le danger est un concept large et ouvert, susceptible d'évoluer dans le temps afin de prendre en compte l'ensemble des défaillances parentales susceptibles de se produire. La nature juridique de cette notion le permet justement.

B/ Un standard juridique

88. La notion de standard juridique. – Le législateur a refusé de définir le danger pour ne pas rigidifier le système et oublier des situations dans lesquelles le mineur pourrait être victime de sa famille⁶. Le danger appartient à la catégorie des standards juridiques que le professionnel devra appliquer à chaque cas d'espèce en vertu de la loi et à la lumière de données cohérentes entre elles, mais extralégales ou extrajuridiques. Le standard juridique est une norme souple

¹ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 728. Voir également : ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 50 ; GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », in SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 287.

² LEBLANC (J.-P.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 169.

³ LEBLANC (J.-P.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 169.

⁴ L'autorité parentale ne prend effet qu'à compter de la naissance de l'enfant (TGI Rennes, 30 juin 1993, Jurisdata n° 1993-605679 ; *JCP G.*, 1994, II, 22250, note NEIRINCK (C.) – TGI Lille, JAF, 13 février 1998, *D.*, 1999, jurispr., p. 177, note LABBÉE (X.)).

⁵ CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182507 – CA Paris, 22 avril 2011, RG n° 11/00183.

⁶ NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 47.

fondée sur un critère intentionnellement indéterminé et directif. Il est une technique législative, qui permet l'adaptation de la règle légale, en la pérennisant, à la multiplicité et à la diversité des situations ainsi qu'à l'évolution des mœurs et de la société¹. C'est « *un instrument d'individualisation du droit [qui] offre au juge un véritable pouvoir normatif lui permettant de préciser la norme en fonction de chaque cas d'espèce* »². Le législateur fixe des objectifs au juge en lui précisant le résultat à atteindre et cet objectif devient une norme d'efficacité³. La notion de danger présente ainsi un caractère normatif. En tant que « *technique de formulation de la règle de droit* »⁴, le danger permet de mettre en œuvre la protection du mineur victime de sa famille.

89. Le standard juridique appliqué à la notion de danger. – La Cour européenne des Droits de l'Homme a consacré l'idée que le concept de danger est un standard juridique. Elle admet qu'il est impossible d'arriver à une précision absolue, ce qui implique que beaucoup de lois, « *du fait de la nécessité d'éviter une rigidité, comme de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins vagues* »⁵. Les juges européens ajoutent que la loi ne peut parer à toute éventualité en raison de la diversité des circonstances pouvant justifier la prise en charge d'un mineur⁶. C'est la raison pour laquelle sa formulation en des termes assez généraux confère un large pouvoir d'appréciation aux autorités publiques afin de ne pas affaiblir la protection dont l'enfant a besoin⁷. Le recours au standard juridique permet de contextualiser la notion de danger. Il renvoie à un ensemble d'autres normes qui seront intégrées dans la détermination du contenu du danger. En ce sens, les concepts juridiques classiques, comme la faute civile ou pénale dans l'exercice des prérogatives parentales, ne permettent pas d'appréhender certaines situations de danger. Le magistrat ou le président du Conseil général doivent nécessairement prendre en compte les apports des sciences humaines ou sociales lorsqu'ils procèdent à la qualification du danger. Cette opération ne pourra dépendre que des circonstances de la cause⁸ et de la situation particulière du mineur dans sa famille.

¹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o standard. En ce sens : CARBONNIER (J.), précité, *in* PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 99.

² NERON (S.), « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G.*, 2011, doct. 1003.

³ BRISSON (J.-F.), « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », *in* FAURE (B.) [ss. dir.], *Les objectifs dans le droit*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 29. En ce sens : NERON (S.), précité, *JCP G.*, 2011, doct. 1003.

⁴ RIALS (S.), « Les standards, notions critiques du droit », *in* PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 39.

⁵ Cour EDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède* (n^o 1), série A, n^o 130, § 61.

⁶ Cour EDH, *Olsson c/ Suède* (n^o 1) précité, § 62.

⁷ Cour EDH, *Olsson c/ Suède* (n^o 1) précité, § 62.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1990, *Bull. civ. I*, n^o 47.

La perception de l'état de danger est « *traversée d'affects, de sentiments, de projections de la représentation de l'enfant dans la société d'aujourd'hui. Entrent en jeu des facteurs socio-économiques, démographiques, ainsi que le substrat culturel de tel ou tel groupe humain qui constitue notre société plurielle* »¹. Le recours au standard juridique permet toutefois d'objectiver cette notion éminemment subjective, étant donné qu'il autorise le professionnel à mesurer la situation par rapport à la normalité². Les termes généraux de la loi interdisant toute solution prédéfinie, la fonction technique du standard permet l'adaptation du droit au fait c'est-à-dire à la société. La fonction idéologique du standard légitime ensuite la solution juridique rendue au regard à ses conséquences sociales et/ou politiques. L'autorité chargée d'appliquer la notion de danger devra donc jouir d'une certaine liberté. Elle devra « *donner sens à la norme et [...] réduire l'imprévisibilité normative en en précisant la portée au cas d'espèce* »³. Ce n'est pas parce que la notion de danger ne signifie *a priori* pas grand-chose « *qu'elle ne développera pas des effets juridiques importants dès lors que l'interprète authentique – en particulier le juge et plus largement les autorités chargées de son application – décidera de s'en saisir et de lui conférer une portée précise* »⁴, à savoir protéger l'enfant victime de sa famille. En définitive, le danger ne pourra être défini que par référence aux situations où le mineur est effectivement en danger dans sa famille.

§ 2/ Une notion délimitée par la jurisprudence

90. Le danger : un contenu déterminable. – Le danger est un standard juridique qui « *se rapporte à la nature flexible de la norme. Son contenant est fixe mais son contenu variable est déterminé par le juge* »⁵. Il concerne la sécurité, la moralité, la santé et les conditions d'éducation et du développement physique, affectif, intellectuel et social du mineur. Son contenu serait alors défini par l'ensemble « *des solutions données par le juge* »⁶ puisque ces dernières permettent « *graduellement, d'élaborer une définition, ou tout au moins de délimiter positivement et négativement la notion, autrement dit de savoir ce qui rentre ou non sous cette qualification* »⁷. L'impossibilité de cerner abstraitement la notion de danger n'interdirait pas d'en préciser

¹ LEBLANC (J.-P.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 169.

² RIALS (S.), précité, in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 39.

³ BRISSON (J.-F.), précité, in FAURE (B.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 29.

⁴ BRISSON (J.-F.), précité, in FAURE (B.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 29.

⁵ NERON (S.), précité, *JCP G.*, 2011, doct. 1003.

⁶ GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 77.

⁷ GHESTIN (J.), précité, in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 77.

concrètement la définition. La détermination jurisprudentielle du contenu du danger permettra de préciser dans les faits les caractéristiques de la notion (A). La protection du mineur victime de sa famille sera dès lors garantie dans des situations futures et imprévues¹, ce d'autant plus qu'il est permis de mettre en évidence une liste non exhaustive d'hypothèses où le mineur sera *a priori* en danger dans sa famille (B). Le législateur a ainsi précisé que les violences au sein des couples sont une cause de danger pour les enfants qui en sont les victimes².

A/ Une notion de fait

91. Les caractéristiques du danger. – Le danger « *une notion de fait, qui se constate plus qu'il ne trouve à s'insérer dans une définition précise* »³. Il n'en demeure pas moins que les hypothèses de situations de danger dégagées par la jurisprudence permettent de déterminer les caractéristiques de ce concept. Ainsi, le danger peut être d'ordre physique⁴, psychologique⁵ ou éducatif⁶ et extérieur ou non à la personnalité de l'enfant. En principe, il n'y a pas de danger lorsque son origine est externe à la cellule familiale⁷ sauf, peut-être, à ce que les parents n'y mettent pas fin eux-mêmes⁸. Il n'implique pas nécessairement une faute des parents⁹ ou un conflit. En effet, il peut résulter d'un comportement actif¹⁰ ou passif¹¹ des père et mère. Il est néanmoins impératif que la carence du parent absent ou distant mette en danger l'enfant¹². Il suffit que les titulaires de l'autorité parentale ne fassent pas usage ou usent mal de leurs

¹ En ce sens : FREMAUX (S.), précité, *RRJ*, 1998-3, p. 865.

² Art. 515-9 et 515-11 C. civ.

³ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 303.

⁴ CA Riom, 11 janvier 2000, *Jurisdata* n° 2000-110793 – CA Riom, 14 mai 2002, *Jurisdata* n° 2002-182507.

⁵ CA Paris, 27 janvier 1977, *Dr. enf. fam.*, 1977/2, p. 93 – Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 107 – CA Riom, 9 mai 2000, *Jurisdata* n° 2000-113793 – CA Paris, 6 mars 2001, *Jurisdata* n° 2001-137901 – Cass. civ. 1^{ère}., 29 mai 2001, n° 09-05.015 – CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108 – Cass. civ. 1^{ère}., 27 mai 2010, *Bull. civ. I*, n° 120.

⁶ CA Riom, 11 janvier 2000, *Jurisdata* n° 2000-110760 – CA Riom, 8 février 2000, *Jurisdata* n° 2000-110766.

⁷ TGI Pontoise, Juge des enfants, 7 février 2001, *D.*, 2003, p. 656, obs. WILLIATTE-PELLITTERI (L.). Voir également : CA Paris, 6 juillet 1984, *Jurisdata* n° 1984-025037 – CA Paris, 6 mars 2001, *Jurisdata* n° 2001-137901.

⁸ Par exemple, il n'y a pas de danger si l'enfant a été victime d'une agression sexuelle en dehors du cadre familial dès lors que les parents n'ont pas laissé en connaissance de cause l'enfant à une personne peu fiable.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}., 28 juin 1965, *Bull. civ. I*, n° 424 – CA Paris, 24 février 1982, *Jurisdata* n° 1982-023172 – CA Paris, 24 mai 1984, *Jurisdata* n° 1984-024602 – CA Paris, 6 juillet 1984, *Jurisdata* n° 1984-025037 – CA Nancy, 15 décembre 1989, *Jurisdata* n° 1989-052663.

¹⁰ Retrait de l'autorité parentale : CA Paris, 19 septembre 1997, *Jurisdata* n° 1997-023236 – CA Nancy, 6 septembre 2010, *Jurisdata* n° 2010-030875.

¹¹ Retrait de l'autorité parentale : CA Paris, 27 juin 1991, *Jurisdata* n° 1991-022650 – CA Riom, 22 novembre 1993, *Jurisdata* n° 1993-047596 – CA Lyon 29 mai 2001, *Jurisdata* n° 2001-154470.

¹² Retrait de l'autorité parentale : Cass. civ. 1^{ère}., 22 novembre 1989, n° 88-15.039 – Cass. civ. 1^{ère}., 17 décembre 1991, n° 91-05.030 – CA Angers, 27 novembre 1992, *Jurisdata* n° 1992-051108 – CA Lyon, 15 décembre 1998, *Jurisdata* n° 1998-055800.

prérogatives en manquant gravement à leur obligation de soins, de nourriture ou d'entretien par des carences, des oppositions, des fautes¹ ou des violences à l'encontre de leur enfant.

Le mineur peut également être en danger si les conditions de son éducation et de son développement physique, affectif intellectuel et social sont gravement compromises. Cette hypothèse de mise de péril du mineur permet d'englober dans la catégorie d'enfant en danger, ceux dont « *les conditions de vie ne peuvent pas être à proprement parler qualifiées de maltraitances, mais qui les placent dans une situation difficile sur le plan psychologique* »². Les mineurs isolés socialement ou qui subissent des pressions néfastes de la part de leurs parents sont visés, comme les cas d'enfants dont les parents sont membres d'une secte³. Malgré l'existence d'un confort matériel certain, la jurisprudence a aussi considéré qu'un mineur était en danger moral en raison des effets psychologiques négatifs résultant de la relation ambiguë et de dépendance entre la mère et la grand-mère⁴. Le danger est principalement lié à une carence ou une défaillance dans l'exercice de l'autorité parentale⁵, ce qui démontre qu'il existe une grande variété de situations de danger.

B/ La résurgence des situations de danger rencontrées en jurisprudence

92. La multiplicité des situations de danger. – Compte tenu des différents aspects du danger, il est impossible d'établir une liste exhaustive des situations dans lesquelles le mineur sera en danger⁶ même si certaines hypothèses se rencontrent fréquemment en jurisprudence. En effet, l'étude des décisions rendues par les magistrats permet de montrer qu'il existe une résurgence des situations de danger. Le juge des enfants serait ainsi confronté aux mêmes cas d'enfants en danger que le juge aux affaires familiales lorsque ce dernier statue sur le fondement des « circonstances exceptionnelles » de l'article 373-3 du Code civil ou des « motifs graves » de l'alinéa deuxième de l'article 373-2-1 du même Code⁷. Cette identité des causes de danger se retrouve également avec le retrait de l'autorité parentale quand il apparaît nécessaire d'organiser une rupture des liens familiaux.

¹ En ce sens : RAYMOND (G.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 638.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 741. Egalement : BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et *al.*, *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 466.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *Bull. civ.* I, n° 141.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 110.

⁵ L'autorité parentale est une composante de l'état de danger (ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 51).

⁶ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 173.

⁷ Selon Madame Claire NEIRINCK, la jurisprudence relative aux « motifs graves » fournit des exemples incontestables où l'exercice du droit de visite traduit une situation de danger pour le mineur : brutalité, alcoolisme, état mental déficient (NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 192).

Les parents peuvent mettre en danger leur enfant s'ils refusent de donner des soins ou un traitement médical approprié au mineur¹. Ce serait encore le cas quand ils présentent eux-mêmes une maladie² et refusent de se soigner³. Néanmoins, la maladie ne constitue pas nécessairement un danger pour le mineur. C'est avant tout une difficulté familiale car elle complique l'exercice des prérogatives parentales. La maladie des père et mère affecte le fonctionnement de la famille, mais elle n'expose pas fatalement le mineur à un danger. Il faut que la maladie des parents traduise une défaillance de l'exercice de l'autorité parentale. En d'autres termes, elle doit révéler l'inaptitude des père et mère à s'occuper de leur enfant, ce qui le placerait dans une situation de danger. Cette idée transparait également avec le prosélytisme religieux des parents. Ainsi, l'appartenance à une secte peut constituer une cause de danger pour le mineur, en particulier si les pratiques éducatives des parents préjudicient à l'équilibre de l'enfant⁴, ou encore si les enfants sont en permanence enfermés dans la secte sans aucun contact avec l'extérieur⁵. A ce titre, « *l'enfermement des mineurs à l'intérieur d'une secte, c'est l'emprise du groupe poussée à son paroxysme puisque non seulement les enfants sont soumis en permanence à une seule doctrine à laquelle ils sont contraints d'adhérer, mais ils sont privés de tous contacts avec l'extérieur et de ce fait privés de tous leurs droits fondamentaux* »⁶. En effet, dès lors qu'une secte est considérée comme « *un groupement religieux, clos sur lui-même et créé en opposition à des idées et à des pratiques religieuses dominantes* »⁷, le « *zèle ardent pour recruter des adeptes, pour tenter d'imposer ses idées* »⁸, spécialement au sein du groupe, peut conduire à une situation de danger pour le mineur dont les parents sont les adeptes de ce mouvement sectaire. Il convient donc de rechercher les effets réels induits par l'éducation du parent visé et sa relation à l'enfant⁹.

¹ Assistance éducative : TGI Grenoble, Juge des enfants, 15 juin 1982, *Dr. enf. fam.*, 1982/1, p. 181 – Cass. civ. 1^{ère}., 25 novembre 1981, *JCP*, 1983, II, 19985 – CA Riom, 14 décembre 1999, Jurisdata n° 1999-106110 – CA Amiens, 6 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-354557 – Cass. civ. 1^{ère}., 25 septembre 2013, n° 12-22.956.

² Motifs graves : CA Lyon, 28 novembre 2011, RG n° 11/00161. Circonstances exceptionnelles : CA Pau, 12 décembre 1995, Jurisdata n° 1995-0517000.

³ Assistance éducative : CA Paris, 24 septembre 1993, Jurisdata n° 1993-022792 – CA Riom, 13 mars 2001, Jurisdata n° 2001-138102 – CA Riom, 31 juillet 2001, Jurisdata n° 2001-149024 – CA Amiens, 7 février 2008, Jurisdata n° 2008-358670. Motifs graves : CA Bordeaux, 22 septembre 2009, RG n° 09/00260.

⁴ Assistance éducative : CA Angers, 14 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-052104 – CA Paris, 29 juin 2001, Jurisdata n° 2001-152768 – Cass. crim. 11 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 269. Retrait de l'autorité parentale : CA Paris, 19 septembre 1997, Jurisdata n° 1997-023236.

⁵ Assistance éducative : CA Versailles, 21 décembre 1989, Jurisdata n° 1989-051830. Sur ce point, voir : HUYETTE (M.), « Les sectes et l'enfermement des mineurs », *D.*, 2007, chron., p. 682.

⁶ HUYETTE (M.), précité, *D.*, 2007, chron., p. 682.

⁷ *Le Petit Larousse illustré*, V° secte. Monsieur Philippe MALAURIE définit la secte comme « *une communauté religieuse minoritaire et séparatiste, qui a le sentiment d'être persécutée, particulièrement convaincue et intransigeante et dont l'organisation est très structurée, les méthodes actives et le prosélytisme ardent* » (MALAURIE (P.), « Une mineure doit attendre sa majorité pour exercer un choix religieux auquel un des parents s'oppose, note sous Cass. civ. 11 juin 1991, n° n° 89-20.878 », *D.*, 1991, jurispr., p. 521).

⁸ *Le Petit Larousse illustré*, V° prosélytisme.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}., 13 avril 1992, *Bull. civ. I*, n° 119.

Autrement dit, le magistrat est tenu de rechercher *in concreto* l'impact des pratiques religieuses sur l'équilibre de l'enfant. Il ne peut pas procéder à une évaluation *in abstracto*¹.

L'enfant peut être en danger lorsque l'investissement éducatif des parents n'est pas établi² notamment en raison d'un abandon moral, affectif ou matériel de l'enfant³, ce qui traduit alors un délaissement parental. Il existerait donc bien une perméabilité entre les catégories d'enfants délaissés et de mineurs en danger dans leurs familles. L'état psychique⁴, la toxicomanie⁵ ou l'alcoolisme⁶ des parents constituent encore des sources de danger pour le mineur dans sa famille. Enfin, des relations conflictuelles, immatures et violentes entre les parents⁷ ainsi que la présence d'animaux au domicile⁸ accompagnée d'une absence d'hygiène⁹ ont pu placer l'enfant dans une situation de danger. Ces éléments mettent en exergue les difficultés rencontrées par la famille et n'impliquent pas nécessairement un danger pour le mineur. En réalité, il convient d'admettre que

¹ RAOUL-CORMEIL (G), « §2. La religion et les relations de famille », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2012, p. 187. Egalement : MUZNY (P.), « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 427.

² Assistance éducative : CA Riom, 12 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-106045 – CA Riom, 12 février 2002, Jurisdata n° 2002-176851. Motifs graves : Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n° 99-19.143 – CA Paris, 17 juin 2002, Jurisdata n° 2002-187611 – CA Toulouse, 13 mars 2003, *JCP G.*, 2004, IV, 1178 – CA Montpellier, 6 octobre 2009, RG n° 08/04014 – Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-15.165 ; *contra*. : CA Basse-Terre, 27 octobre 2008, Jurisdata n° 2008-376768. Circonstances exceptionnelles : CA Pau, 19 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040817 – CA Aix-en-Provence, 28 septembre 2004, Jurisdata n° 2004-281875 – CA Nîmes, 25 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-298021 – CA Agen, 11 octobre 2007, RG n° 06/01410 ; *contra*. : CA Paris, 6 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-02044. Retrait de l'autorité parentale : CA Paris, 27 juin 1991, Jurisdata n° 1991-022650 – Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, n° 09-05.015 – CA Lyon, 29 mai 2001, Jurisdata n° 2001-154470.

³ Assistance éducative : CA Angers, 12 décembre 1990, Jurisdata n° 1990-052105 – CA Riom, 8 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106052 – Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, n° 91-05.079. Circonstances exceptionnelles : CA Toulouse, 26 mai 2011, Jurisdata n° 2011-015483. Retrait de l'autorité parentale : CA Paris, 27 juin 1991, Jurisdata n° 1991-022650 – CA Riom, 22 novembre 1993, Jurisdata n° 1993-047596 – CA Lyon, 23 septembre 2003, Jurisdata n° 2003-238598 – CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108 – CA Nîmes, 12 février 2009, RG n° 08/00173.

⁴ Assistance éducative : CA Paris, 24 septembre 1993, Jurisdata n° 1993-022792 – CA Riom, 4 juillet 2000, Jurisdata n° 2000-765191. Motifs graves : CA Angers, 13 février 2012, RG n° 11/01644. Retrait de l'autorité parentale : Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *contra*. Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 186.

⁵ Assistance éducative : CA Paris, 26 février 1999, Jurisdata n° 1999-022861 – CA Riom, 29 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106050. Motifs graves : CA Metz, 18 mai 2004, Jurisdata n° 2004-252853 – CA Grenoble, 22 mai 2007, RG n° 06/01489 – CA Agen, 11 octobre 2007, RG n° 06/01410.

⁶ Assistance éducative : CA Poitiers, 13 août 2002, Jurisdata n° 2002-195784 – CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219079. Motifs graves : CA Agen, 5 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-045961 – CA Riom, 27 février 2001, Jurisdata n° 2001-135307. Circonstances exceptionnelles : CA Nîmes, 7 juin 2001, Jurisdata n° 2001-150765 – CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371. Retrait de l'autorité parentale : Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, *Bull. civ. I*, n° 125 – CA Rouen, 18 mai 2006, Jurisdata n° 2006-303925.

⁷ Assistance éducative : CA Paris, 14 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-023539 – CA Riom, 29 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106091 – CA Riom, 29 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106049 – CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182508 – CA Riom, 8 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-199471 – CA Amiens, 20 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-345474. Motifs graves : CA Riom, 28 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130197 – CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307 – CA Pau, 19 septembre 2011, Jurisdata n° 2011-023580. Circonstances exceptionnelles : CA Bordeaux, 28 juin 1995, Jurisdata n° 1995-043123 ; *contra*. pour de simples dissensions : CA Agen, 12 août 2009, RG n° 09/01030.

⁸ Motifs graves : CA Dijon, 21 janvier 1994, Jurisdata n° 1994-040752 – CA Pau, 22 juin 1999, Jurisdata n° 1999-043440 ; *contra*. : CA Douai, 3 juillet 2008, Jurisdata n° 2008-007822.

⁹ Assistance éducative : CA Riom, 13 février 2001, Jurisdata n° 2001-135633. Motifs graves : Cass. civ. 2^{ème}, 5 janvier 1994, n° 92-14.728 (seule l'hygiène était en cause).

l'existence de tels faits traduit immédiatement un danger pour le mineur, ce qui est aussi le cas lorsque des violences physiques, sexuelles et/ou morales sont commises sur la personne du mineur par les membres de leurs familles. Elles constituent la principale source de danger¹. Si ces hypothèses ne sont pas exhaustives, il est possible de constater qu'elles comblent l'absence de définition du danger et permettent de cerner la notion. La pauvreté de la famille pourrait par ailleurs y contribuer.

93. La pauvreté de la famille : une source de danger ? – La pauvreté de la famille peut avoir un lien direct avec les carences éducatives des parents, confrontés à des difficultés économiques ou sociales². Elle ne se traduit toutefois pas nécessairement par des négligences ou des maltraitances. Il faut qu'elle ait des conséquences sur la santé, la moralité, la sécurité ou le développement physique, affectif, intellectuel et social du mineur. Il faut que la pauvreté de la famille matérialise « *une altération des fonctions ou des solidarités intra-familiales entraînant la mise en danger – matérielle essentiellement mais aussi morale lorsqu'il s'agit d'enfant – des membres de la famille* »³. La précarité du mode de vie de la famille ne constitue donc pas en elle-même un danger pour l'enfant. Il faut qu'elle ait une incidence directe sur la personne du mineur⁴. Elle doit le placer dans un état de danger, ce qui sera le cas en raison de l'extrême précarité des conditions de logement de la famille⁵. Le danger lié à une situation de pauvreté peut aussi se manifester par les habits de l'enfant, inadaptés en fonction des saisons, la vie dans un appartement insalubre, l'absence de logement et l'errance de la famille ou par un impact négatif

¹ Assistance éducative : CA Angers, 14 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-052104 – CA Versailles, 12 décembre 1996 Jurisdata n° 1996-022630 – CA Papeete 3 décembre 1998, Jurisdata n° 1998-047875 – CA Riom 12 février 2002, Jurisdata n° 2002-176851 – CA Riom, 8 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-199471 – CA Agen, 6 décembre 2007, Jurisdata n° 2005-355105 – Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2010, n° 08-70.385. Motifs graves : Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 31; *D.*, 1995, jurispr., p. 226, note CHOAIN (C.) – CA Riom, 28 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130206 – CA Riom, 17 avril 2007, Jurisdata n° 2007-336812 – CA Amiens, 25 novembre 2009, RG n° 08/05377 – Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, n° 09-13.686 – CA Bastia, 14 septembre 2011, RG n° 10/00533 – CA Lyon, 28 novembre 2011, RG n° 11/00161. Circonstances exceptionnelles : CA Toulouse, 8 avril 2008, Jurisdata n° 2008-368193. Retrait de l'autorité parentale prononcé par une juridiction pénale : CA Angers, 19 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-0481174 – CA Douai, 23 janvier 2001, Jurisdata n° 2001-160249 – CA Nîmes, 19 avril 2007, Jurisdata n° 2007-337195 – CA Paris, 15 juin 2007, Jurisdata n° 2007-337835 – Cass. crim., 13 novembre 2008, n° 07-83.837 et n° 07-86.644 – CA Paris, 6 février 2009, Jurisdata n° 2009-375586. Retrait de l'autorité parentale prononcé par le tribunal de grande instance : CA Nancy 16 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-050174 – Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999, n° 98-05.074.

² BERNIGAUD (S.), « Dispositif judiciaire de l'enfance en danger : l'assistance éducative », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.191.

³ LAFORE (R.), « Droit et pauvreté : les métamorphoses du système assistanciel français », *RDSS*, 2008, p. 111.

⁴ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131.

⁵ Assistance éducative : CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182508 – CA Nouméa, 6 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-355105. Motifs graves : CA Paris, 25 mars 2010, Jurisdata n° 2010-003769. Circonstances exceptionnelles : CA Agen, 31 mars 2005, Jurisdata n° 2005-272619.

sur sa santé¹. Même si la frontière est mince entre la précarité des conditions de vie et le danger encouru par l'enfant dans sa famille, l'analogie entre les situations de pauvreté et le danger ne peut être ni absolue ni automatique. Les conditions de ressources limitées des parents n'entraînent pas inévitablement un danger pour l'enfant. La pauvreté est avant tout une difficulté qu'il est possible de compenser par le mécanisme des prestations familiales².

Dans l'hypothèse de la pauvreté de la famille, il existe peut-être un danger au sens courant du terme étant donné que la société est dans l'incapacité de satisfaire les besoins de l'enfant. Pour autant, existe-il un danger au sens de l'article 375 du Code civil ? La pauvreté constitue-t-elle les « circonstances exceptionnelles » de l'article 373-3 du Code civil ou les « motifs graves » de l'alinéa deuxième de l'article 373-2-1 du même Code ? La défaillance est extérieure à l'exercice de l'autorité parentale. En outre, le danger ne présente aucun aspect relationnel. Il ne s'agit pas d'une perturbation du lien parents-enfant. Dès lors, la puissance publique, et plus particulièrement l'autorité judiciaire, est-elle compétente pour intervenir et faire cesser le danger ? En principe, elle ne peut pas supprimer la cause profonde du danger, c'est-à-dire la pauvreté, en procurant un logement adapté à la famille³. Néanmoins, « *l'action publique s'organise à partir du principe selon lequel, confrontée à des solidarités familiales défaillantes ou impuissantes, la collectivité doit s'y substituer pour garantir l'entretien matériel des personnes et leur éducation lorsqu'il s'agit d'enfant* »⁴. Le placement de l'enfant est alors le meilleur moyen d'y parvenir, ce d'autant plus que la pauvreté est prise en compte par le juge lorsqu'il a recours à cette mesure⁵. Il s'agit du « *procédé le plus facile et le plus rapide pour pallier l'absence de logement, l'absence de soins, ou pour répondre aux carences éducatives des parents eux-mêmes malmenés par l'adversité* »⁶. Mais encore faut-il que l'existence du danger soit avérée.

¹ Mauvaise nutrition, absence de soins dentaires ou ophtalmiques.

² Les prestations familiales permettent de lutter contre l'exclusion et/ou la pauvreté des familles par l'anticipation de difficultés financières et la dégradation du milieu de vie familial. Elles contribuent donc à l'entretien des enfants que ce soit pour garantir leur accès à la nourriture, à la santé ou encore à leur bien-être.

³ A propos de cette analyse : ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 53.

⁴ LAFORE (R.), précité, *RDSS*, 2008, p. 111.

⁵ Ainsi, la cour d'appel de Riom a pris en compte, outre la psychopathologie de la mère qui entraîne des heurts réguliers au sein du ménage, les graves difficultés d'emploi et de logement des parents pour procéder au renouvellement d'une mesure de placement (CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182508).

⁶ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131. Egalement en ce sens : RENOUX (M.-C.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 3.

Section 2. L'existence du danger ou du risque de danger

94. Une exigence légale. – Le législateur a affirmé la nécessité de démontrer l'existence d'un danger pour justifier l'immixtion de la puissance publique dans la famille. Cet impératif, qui s'impose à l'autorité judiciaire, autorise « *un contrôle du juge du droit sur la décision du juge du fond* »¹. Le danger doit être spécialement motivé, ce d'autant plus que la Cour de cassation contrôle l'existence et la qualité suffisante de la motivation². L'absence de définition légale du danger permet cependant de laisser cette notion à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ces derniers doivent justifier l'existence du danger pour légitimer leur intervention. Leur appréciation ne peut reposer que sur des faits précis, d'ordre matériel, physique ou psychologique. La Cour européenne des Droits de l'Homme a par ailleurs affirmé que « *l'imminence du danger doit être réellement établie* »³. Cela signifie que le Conseil général et l'autorité judiciaire ne pourront intervenir dans la famille que s'ils apprécient les éléments pouvant être à l'origine d'un danger pour le mineur (§ 1) afin d'en démontrer l'existence (§ 2).

§ 1/ L'appréciation du danger ou du risque de danger

95. Un pouvoir souverain d'appréciation. – La notion de danger est empreint de subjectivisme comme le critère lié au développement de l'enfant qui « *sera sans doute diversement interprété* »⁴. Ces deux concepts sont fonction de la personnalité du mineur, de son environnement psychosociologique, de sa vie personnelle et familiale. L'appréciation du danger par le juge des enfants ne peut donc qu'être souveraine⁵. Les motifs graves de l'article 373-2-1 du Code civil seront également appréciés souverainement par le juge aux affaires familiales⁶ sous le contrôle de droit de Cour de cassation⁷. Enfin, le danger est apprécié souverainement par les juges du fond lorsqu'ils se prononcent sur le retrait de l'autorité parentale⁸. Ainsi, le danger serait apprécié souverainement par les juridictions lorsqu'elles interviennent pour protéger l'enfant. Ce sera *a fortiori* le cas pour le Conseil général étant donné qu' « *avec les dernières réformes, le*

¹ RAYMOND (G), « Assistance éducative », *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 16.

² Cass. civ. 1^{ère}., 7 novembre 1995, n° 94-05.083.

³ Cour EDH, 8 avril 2004, *Haase c/ Allemagne*, req. n° 11057/02, § 99.

⁴ EUDIER (F.), CHAMBONCEL-SALIGUE (P.), « Réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération (1^{ère} partie) », *RJPF*, 2007-11/11.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 7 novembre 1973, *Bull. civ. I*, n° 296 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 357 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1990, *Bull. civ. I*, n° 47 – Cass. civ. 1^{ère}., 2 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 314.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 25 mars 1997, n° 94-18.697 – Cass. civ. 1^{ère}., 19 décembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 329.

⁷ Cass. civ. 2^{ème}., 29 avril 1998, *Bull. civ. II*, n° 133.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 23 avril 2003, n° 01-05.143 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, n° 06-21.405.

danger s'apprécie d'une manière commune dans la protection administrative et la protection judiciaire »¹. Les autorités publiques devront néanmoins adopter une démarche objective pour caractériser l'état de danger (A). L'évaluation du danger se veut donc concrète (B). C'est à ces conditions que l'immixtion dans la cellule familiale sera légitime.

A/ L'évaluation objective du danger

96. Une démarche scientifique. – Malgré les limites apportées à la notion de danger, celui-ci demeure un concept flou et abstrait. Il laisse place « à une appréciation plus ou moins subjective »². En raison de l'absence de définition du danger, le Code civil et le Code de l'action sociale et des familles donnent des points de repère quant à son appréciation : santé, sécurité, moralité, éducation, développement physique, affectif, intellectuel et social du mineur. Ces éléments, bien que plus précis que le danger, n'apportent toutefois pas grand-chose. Ils sont fonction des convictions de chaque acteur et de chaque situation vécue par l'enfant. Le pouvoir d'appréciation des professionnels semble très large, ce qui suppose qu'ils appréhendent le danger avec discernement et objectivité. Par exemple, le juge aux affaires familiales peut refuser, suspendre ou supprimer tout contact entre l'enfant et sa famille dès lors qu'il constate objectivement un comportement inadapté du ou des parents et qui menace la personne de l'enfant³. Cette preuve objective d'un danger pour les enfants est d'autant plus importante lorsque la mesure envisagée est un retrait de l'autorité parentale⁴, susceptible de conduire à une rupture des liens familiaux⁵. Le guide d'accompagnement de la réforme de 2007⁶, s'il ne pose pas de véritables référentiels en la matière, précise les principes et les étapes d'une démarche scientifique et objective d'appréciation du danger.

Il existe de multiples critères d'évaluation, mais l'objet de l'appréciation consiste à déterminer la réponse à la question suivante : l'enfant est-il ou non en danger ou en risque de l'être ? L'appréciation du danger consiste à tirer les enseignements de l'observation de l'enfant et de son environnement élargi. Elle se décline sur plusieurs niveaux : l'état des relations entre

¹ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 303.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 173.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 2011, n° 10-20.741 (dans cette espèce, aucun élément objectif ne permettait d'affirmer que le père était dans une dépendance vis-à-vis de l'alcool, entraînant un comportement inadapté pour l'accueil de sa fille). Dans le même sens : CA Bastia, 30 novembre 2011, RG n° 11/00379. Voir également pour une analyse objective de la situation familiale : CA Chambéry, 27 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-238088.

⁴ Cour EDH, 14 mars 2013, *B. B. et F. B. c/ Allemagne*, req. n° 18734/09 et req. n° 9424/11, § 50 (le retrait de l'autorité parentale a été prononcée sur le fondement d'allégations non confirmées de violences sur les enfants).

⁵ *Infra.* § 253.

⁶ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide pratique Protection de l'enfance, La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation*, Doc. fr., février 2008, spé. p. 18 à 28.

l'enfant et ses parents et la capacité de ceux-ci à se mobiliser ; le contexte familial et environnemental susceptible d'influencer sa situation et son développement¹. L'appréciation du danger ou du risque de danger doit être construite, objective, cohérente, rigoureuse et être réalisée dans des délais maîtrisés². Il est nécessaire de prendre en considération la réalité, la nature et le degré du risque ou du danger encouru par l'enfant³. Pour cela, le professionnel doit s'attacher à la famille, sa composition, l'organisation de la fratrie, les relations intrafamiliales, le budget familial, la cohésion éducative. La scolarité de l'enfant est également un élément d'appréciation du danger. Les résultats scolaires, le comportement du mineur au sein de l'établissement d'enseignement, la vision des parents sur la scolarité sont autant d'indices qui permettent d'appréhender le danger. Les relations et l'insertion sociale du mineur et de sa famille, le logement, la santé de l'enfant et des parents sont aussi des critères d'appréciation du danger⁴. Le guide de la MIVILUDES relatif à la protection des mineurs contre les dérives sectaires reprend certains de ces éléments. Il précise ainsi que l'évaluation de la dérive sectaire doit être réalisée du point de vue du risque santé, du risque éducatif, du risque socio-affectif et à leurs facteurs aggravants⁵.

Dans cette démarche objective d'appréciation du danger, la notion de développement présente un véritable atout malgré son caractère subjectif. Il a l'avantage d'être mesurable, ce qui n'est pas le cas du danger. L'appréciation peut donc dépendre d'une évaluation menée dans le domaine du développement physique, intellectuel, social et affectif afin de savoir si les besoins de l'enfant sont ou non satisfaits : comportement asocial, retard de croissance, illettrisme, refus de scolarisation⁶. L'appréciation doit rester centrée sur l'enfant et ne pas dévier sur les parents⁷.

¹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation, Doc. fr.*, février 2008, p. 18.

² Les juges sont tenus de démontrer, de manière objective et concrète, que le comportement parental est préjudiciable pour la personne du mineur et que celui-ci est en danger. Ainsi, la suspension du droit de visite d'un père poursuivi pour viol sur la personne de sa fille est justifiée jusqu'au résultat de la procédure pénale (Cour EDH, 18 février 2003, *Schaal c/ Luxembourg*, req. n° 51773/99, § 47-48).

³ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation, Doc. fr.*, février 2008, p. 20.

⁴ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation, Doc. fr.*, février 2008, p. 24.

⁵ MIVILUDES, *Guide, La protection des mineurs contre les dérives sectaires, Doc. fr.*, 2010, p. 27 et s.

⁶ L'article L. 122-2, alinéa quatre du Code de l'éducation précise que si « les personnes responsables d'un mineur non émancipé s'opposent à la poursuite de sa scolarité au-delà de l'âge de seize ans, une mesure d'assistance éducative peut être ordonnée dans les conditions prévues aux articles 375 et suivants du code civil afin de garantir le droit de l'enfant à l'éducation ».

⁷ Cour EDH, 16 décembre 2003, *Palau Martinez c/ France*, req. n° 64927/01, § 42 (la situation de l'enfant doit être appréciée *in concreto* et non au regard de motifs généraux tirés de l'appartenance religieuse de la mère).

B/ L'évaluation concrète du danger

97. Le milieu de vie de l'enfant. – Le danger doit être apprécié par rapport au milieu de vie actuel de l'enfant c'est-à-dire son milieu de vie naturel. En d'autres termes, l'évaluation du danger est réalisée dans le milieu familial naturel du mineur¹. C'est pourquoi le juge des enfants, lorsqu'il se prononce sur le retour du mineur dans sa famille après une mesure de placement, doit déterminer si la remise de l'enfant à ses parents serait de nature à créer un danger pour sa personne². Cette affirmation doit toutefois être nuancée car « *le juge des enfants a le devoir de rechercher si une restitution, au seul motif que les parents vivent dorénavant de façon non dangereuse pour leur enfant, ne peut pas être source de danger* »³. L'application des articles 375 et suivants du Code civil n'est pas subordonnée à la présence du mineur dans son milieu naturel, lequel ne représente par ailleurs plus un danger pour les enfants. Par exemple, l'angoisse de mineures sur leur avenir, le reproche qu'elles font à leur mère de les avoir sinon abandonnées, du moins négligées de fait depuis plusieurs années, leur refus, pour le moment de tout changement de cadre de vie, ressenti par celles-ci comme un arrachement et une aventure dangereuse sont des éléments qui ont été pris en compte par les juges du fond pour apprécier l'état de danger⁴. Dans cette espèce, la situation conflictuelle et les besoins actuels des deux enfants ont justifié le maintien du placement alors que le milieu familial naturel ne présentait pas un danger.

98. Une appréciation *in concreto*. – L'appréciation de la situation du danger est fonction de la personnalité de l'enfant. Cela implique de prendre en considération son environnement psychosociologique et sa vie personnelle et familiale⁵. L'appréciation du danger diffère selon le contexte dans lequel vit la famille⁶. D'une part, il est nécessaire de prendre en considération la situation personnelle de chaque mineur. Chaque enfant a une sensibilité différente par rapport aux aléas familiaux. Les mineurs d'une même fratrie ne sont pas nécessairement tous déstabilisés par le comportement de leur parent. Il est possible que certains soient en danger et d'autres non. L'identité et la proximité des situations ne permettent donc pas de systématiser l'existence du danger. D'autre part, les données propres au milieu familial doivent être prises en compte. L'hygiène, les résultats scolaires, l'osmose familiale n'ont pas les mêmes limites dans toutes les

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 4 juillet 1978, *Bull. civ. I*, n° 249 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 1 – Cass. civ. 1^{ère}., 10 février 1998, n° 97-05.042.

² Cass. civ. 1^{ère}., 27 avril 1976, *Bull. civ. I*, n° 139. Pour des applications concrètes : CA Nancy, 16 novembre 1990, *Jurisdata* n° 1990-050120 – CA Paris, 14 novembre 1997, *Jurisdata* n° 1997-023539.

³ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 50.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 16 janvier 1979, *Bull. civ. I*, n° 22.

⁵ RAYMOND (G.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 638.

⁶ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 60 et 61.

familles. Par exemple, « *la notion de danger pour le corps de l'enfant varie en fonction du milieu et de l'éducation. Certaines pratiques sur le corps de l'enfant, ayant valeur de châtiments doivent être appréciées en fonction du contexte familial et des coutumes propres* »¹. C'est également le cas pour l'impact des pratiques religieuses des parents sur le développement de l'enfant². L'approche ne peut donc pas être globale. Elle doit être individualisée en fonction de chaque cellule familiale et pour chacun des enfants. Toutes les familles peuvent traverser une crise mais elle n'implique pas forcément l'existence d'un danger. En pratique, le danger sera établi lorsqu'une famille connaît de très graves dysfonctionnements.

Un arrêt de la cour d'appel de Riom illustre la nécessité d'apprécier le danger *in concreto* selon la situation de chaque mineur, pris individuellement. Dans cette espèce, les magistrats ont considéré que « *pour être constitutive d'un danger au sens de l'article 375 du Code civil, une situation de fait doit être notablement plus dégradée que celle d'autres enfants issus du même milieu à la même époque ; autrement dit, le juge des enfants apprécie le danger en valeur relative, par référence à la culture ambiante, aux moyens matériels dont dispose la famille, à l'histoire même du groupe et des individus qui le composent* »³. Le magistrat devra se placer au jour il statue pour apprécier le danger et non au jour où les faits ont été commis⁴. L'effet dévolutif de l'appel permet également de prendre en compte « *l'évolution du danger couru par l'enfant entre la décision de première instance et celle du second degré* »⁵. La juridiction d'appel sera en mesure de modifier ou de rapporter les mesures de protection du mineur si le danger a disparu ou, au contraire, s'il s'est aggravé. Il n'en demeure pas moins que les magistrats peuvent prendre en compte, au jour où ils statuent, la nécessité de préserver, à l'avenir, les enfants de toute intervention parentale compte tenu de leur grande fragilité psychologique⁶. Tous les acteurs de la protection de l'enfance devront apprécier le danger au jour où ils décident d'intervenir dans la famille. C'est à cette condition qu'ils pourront caractériser l'existence du danger ou du risque de danger encouru par l'enfant dans la cellule familiale.

¹ DUVAL-ARNOULD (D.), *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1994, p. 182.

² RAOUL-CORMEIL (G), précité, in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2012, p. 187.

³ CA Riom, 29 mars 2005, *A.J. fam.*, 2005, p. 191, note GRATADOUR (H.) (placement de huit enfants d'une même famille, dont les parents faisaient partie des gens du voyage ; le danger avait été apprécié par des approches standardisées valables pour des sédentaires de tradition, notamment urbains, mais elles l'étaient moins pour cette famille).

⁴ Assistance éducative : Cass. civ. 1^{ère}., 26 janvier 1972, *Bull. civ. I*, n° 26 – Cass. civ. 1^{ère}., 20 octobre 2010, *Bull. civ. I*, n° 210 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 juin 2011, n° 10-17.720 – Cass. civ. 1^{ère}., 28 mars 2013, n° 11-28.301. Retrait de l'autorité parentale : Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 64 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, n° 06-21.405 – Cass. civ. 1^{ère}., 27 mai 2010, n° 09-65.208 – Cass. civ. 1^{ère}., 12 janvier 2011, n° 09-71.572. Motifs graves (implicite) : Cass. civ. 1^{ère}., 2 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 66.

⁵ NEIRINCK (C.), « Effet dévolutif de l'appel et évolution du danger en assistance éducative, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 2010, n° 09-68.141 FS-P+B+I : Jurisdata n° 2010-018951 », *Dr. famille*, 2010, comm. n° 184.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 27 mai 2010, *Bull. civ. I*, n° 120.

§ 2/ La démonstration du danger ou du risque de danger

99. L'interdiction des formules générales et abstraites. – Le juge ne peut pas se contenter d'utiliser des expressions générales et abstraites pour caractériser l'existence du danger¹. En d'autres termes, les magistrats doivent démontrer en quoi la santé, la sécurité, la moralité du mineur sont en danger ou les conditions de son éducation et de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises². L'imprécision de la notion de danger ne justifie pas l'arbitraire du juge qui doit motiver sérieusement sa décision en application de l'article 455 du Code de procédure civile. Toute décision aux motifs trop vagues et imprécis sera sanctionnée par la Haute juridiction qui veille à ce que les magistrats justifient suffisamment l'existence du danger³. Ainsi, les juridictions (A) mais aussi le Conseil général (B) devront démontrer le caractère réel, certain et actuel ou imminent du danger⁴ pour justifier leur intervention dans la cellule familiale.

A/ La preuve du danger en cas d'intervention judiciaire

100. La multiplicité des intervenants judiciaires. – Le critère de l'état de danger encouru par le mineur dans sa famille justifie l'intervention de plusieurs juridictions dans la famille. Malgré cette diversité juridictionnelle, chaque magistrat sera tenu de démontrer l'existence du danger. C'est indéniablement l'unique condition de saisine du juge des enfants (1) alors qu'il n'est implicite lorsque c'est le juge aux affaires familiales qui intervient (2). En effet, ce magistrat peut intervenir en cas de danger pour protéger l'enfant dans sa famille mais sa compétence est fondée sur des notions voisines à celles du danger. Le tribunal de grande instance ou la juridiction pénale sont également tenus de démontrer l'existence d'un danger lorsqu'ils prononcent un retrait de l'autorité parentale (3). Des chevauchements de compétences sont donc possibles entre ces différents acteurs (4).

¹ Des formules telles que « relations fusionnelles », « carences éducatives », « alcoolisme des père et mère », « immaturité des parents », « crise d'adolescence », « grande précarité des conditions de vie », « maltraitance », « absence d'hygiène » ne sont pas suffisantes pour démontrer l'existence du danger.

² Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1985, n° 85-80.002.

³ Assistance éducative : Cass. ass. plén., 23 juin 1972, *Bull. ass. plén.*, n° 2 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1977, *Bull. civ. I*, n° 90 – Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1986, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *Defrénois*, 1987, art. 33978, n° 40, p. 775, obs. MASSIP (J.) – Cass. civ. 1^{ère}., 13 avril 1992, *Bull. civ. I*, n° 119 – Cass. civ. 1^{ère}., 2 décembre 1997, n° 96-05.016 – Cass. civ. 1^{ère}., 10 février 1998, n° 97-05.042 (pour les juridictions d'appel : CA Paris, 15 mai 1990, *Jurisdata* n° 1990-023084). Motifs graves : Cass. civ. 2^{ème}., 29 avril 1998, *Bull. civ. II*, n° 133 – Cass. civ. 1^{ère}., 25 mars 2009, n° 08-14.917. Retrait de l'autorité parentale : Cass. civ. 1^{ère}., 17 décembre 1991, n° 91-05.030 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 avril 2003, n° 01-05.143 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, n° 06-21.405.

⁴ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 303.

1/ La preuve du danger par le juge des enfants

101. Le danger : critère d'intervention et condition de saisine. – La notion d'enfant en danger est le critère d'intervention du juge des enfants dans la famille. Néanmoins, le danger pris dans son sens étroit justifie sa saisine. L'article 375 du Code civil précise que si la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement sont gravement compromises des « *mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées* ». Le danger est le critère suffisant autorisant la saisine du juge des enfants, ce que confirme l'article 13 de la loi du 4 mars 2002¹. Ce texte dispose que « *tout mineur qui se livre à la prostitution, même occasionnellement, est réputé en danger et relève de la protection du juge des enfants au titre de la procédure d'assistance éducative* ». La lettre de cette disposition montre que c'est le danger, résultant de la prostitution du mineur, qui justifie la saisine et la compétence du juge de l'assistance éducative.

La Cour de cassation ne cesse de réaffirmer que « *les juges des enfants [...] sont les juges de l'état de danger, lequel constitue la condition même de leur saisine, le critère de leur compétence. Ils doivent [...] caractériser très précisément les circonstances de l'espèce d'où résulte cet état de danger* »². Par conséquent, l'intérêt de l'enfant ne peut pas justifier la compétence et la saisine du juge des enfants³. Un critère d'efficience est traditionnellement ajouté au critère du danger comme condition de saisine du juge des enfants⁴. Cela signifie que le juge des enfants doit se déclarer incompétent, alors même qu'il existe un danger pour le mineur, si son intervention n'est pas de nature à remédier à la situation⁵. Le magistrat doit toutefois établir l'existence d'un danger réel ou actuel pour consolider son intervention dans la famille.

102. La réalité du danger. – L'article 375 du Code civil exige que le danger soit avéré et sérieux. Il ne doit pas être simplement éventuel ou hypothétique⁶. Un juge des enfants ne peut ni prescrire une mesure d'observation en milieu ouvert au motif que cette mesure apparaissait à la fois pertinente et nécessaire, ni refuser la restitution d'enfants à leur mère sans dire en quoi la

¹ L. n° 2002-305 précitée.

² MASSIP (J.), « obs. sur Cass. civ. 1^{ère} », 8 octobre 1986 », *Defrénois*, 1987, art. 33978, n° 40, p. 775. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 1991, *D.*, 1992, p. 51, obs. MASSIP (J.).

³ Cass. civ. 1^{ère}., 26 février 1975, *D.*, 1975, somm., p. 62 – Cass. civ. 1^{ère}., 17 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 336 – Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1986, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *Defrénois*, 1987, art. 33978, n° 40, p. 775, obs. MASSIP (J.).

⁴ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 730.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 386 ; HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 111.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 28 juin 1965, *Bull. civ. I*, n° 424 – Cass. civ., 1^{ère}., 29 novembre 1965, *Bull. civ. I*, n° 653 – CA Rennes, 28 janvier 1983, *Dr. enf. fam.*, 1983/1, p. 254.

santé, la sécurité ou la moralité des mineurs étaient en danger ou les conditions de leur éducation gravement compromises¹. Des difficultés relationnelles entre une mère et son enfant² ou une limitation des facultés psychologiques de la mère aidée par les grands-parents paternels³ ne caractérisent pas une situation de danger pour le mineur si celui-ci jouit de soins suffisants lui assurant un développement favorable. Le juge des enfants doit précisément démontrer l'existence et la certitude du danger. Il ne se présume pas. Par exemple, de précédents échecs dans l'éducation de leurs propres enfants et petits-enfants, qui font présumer l'incapacité des arrière-grands-parents à éduquer leur arrière-petit-enfant de deux ans dans de bonnes conditions, ne justifient pas une ordonnance de placement provisoire dès lors que les juges du fond n'ont pas déterminé si les conditions d'éducation du mineur étaient gravement compromises⁴. La réalité du danger ne signifie pas que le danger se soit réalisé et qu'il ait produit un dommage pour le mineur⁵. Le juge des enfants serait compétent, bien que le danger ne se soit pas réalisé, dès lors qu'il est convaincu qu'en l'absence d'intervention de sa part un dommage interviendra⁶. Le danger est futur mais néanmoins prévisible et certain⁷. Le magistrat de l'assistance éducative ne doit pas se prononcer par voie de dispositions générales lorsqu'il établit la réalité du danger, en particulier si les convictions des parents sont en jeu.

103. La réalité du danger et les dérives sectaires. – L'appartenance des parents à une secte ne permet pas de présumer du danger même si celle-ci peut atteindre les familles « *au travers des enfants qui risquent d'être soumis à un conditionnement physique et mental nuisible à leur santé et à leur développement intellectuel* »⁸. Le respect de la liberté religieuse et de la liberté de pensée n'autorise pas l'intervention du juge des enfants dans la famille au seul motif que les parents sont membres d'une secte. Le critère de l'appartenance à un mouvement sectaire n'est pas suffisant pour caractériser le danger⁹. Il faut que « *les idées véhiculées ou les pratiques mises en œuvre [soient] contraires au droit ou qu'il y [ait] des mauvais traitements au sein de la secte* »¹⁰

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1985, *Bull. civ. I*, n° 247 – Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1986, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *Defrénois*, 1987, art. 33978, n° 40, p. 775, obs. MASSIP (J.).

² CA Riom, 9 mai 2000, *Jurisdata* n° 2000-113784.

³ CA Riom, 14 mars 2000, *Jurisdata* n° 2000-119838.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1977, *Bull. civ. I*, n° 90.

⁵ DEISS (A.), précité, *JCP G.*, 1983, I, 3125 ; GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 732.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 16 janvier 1979, *Bull. civ. I*, n° 22 – Cass. civ. 1^{ère}., 25 novembre 1980, *Bull. civ. I*, n° 306.

⁷ DEISS (A.), précité, *JCP G.*, 1983, I, 3125 ; GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 732 ; NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 172.

⁸ EPAILLY (D.), *Les sectes et le droit familial*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 32.

⁹ Voir notamment : MUZNY (P.), précité, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 427.

¹⁰ RAYMOND (G.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 17.

pour que la réalité du danger soit avérée. Le juge des enfants devra démontrer que les enfants sont enfermés dans une certaine religiosité qui leur est préjudiciable¹. Malgré la particularité de chaque situation individuelle, une typologie des situations, dans lesquelles l'emprise sectaire peut être une source réelle de danger pour le mineur, a été dressée par la MIVILUDES : enfants délaissés du fait de l'emprise sur les parents ; mineurs mis en danger en raison des pratiques des parents à son égard ; enfants confiés à l'organisation sectaire par les parents ; mineurs isolés suite à leur sortie d'une communauté sectaire fermée ou à raison de leur appartenance à cette communauté². La Cour européenne des Droits de l'Homme a approuvé l'intervention des autorités françaises dans une famille car les parents faisaient partie d'une secte et « *plusieurs indices démontraient qu'[une enfant] était embrigadée, soumise à un régime d'enfermement, coupée du monde extérieur et subissait des atteintes à son intégrité physique* »³. Pour les magistrats européens, l'intérêt de l'enfant et surtout le danger ont guidé l'intervention du juge français. Aucune atteinte n'a été portée à la vie familiale, à la vie privée des parents et à leur liberté religieuse au cours de sa mission de protection de l'enfant. En principe, il appartient aux seuls parents de définir l'éducation de leur enfant, le risque étant, à défaut, de voir s'instaurer une éducation officielle, signe avant-coureur du totalitarisme⁴. La possibilité de donner une meilleure éducation à l'enfant ne peut en aucun cas fonder l'intervention du juge des enfants⁵, ce d'autant plus que cela ne caractérise en rien la réalité du danger. Il est nécessaire que les conditions d'éducation et de développement de l'enfant soient gravement compromises par l'appartenance de la famille à une secte⁶. L'article 1200 du Code de procédure civile impose par ailleurs au juge de prendre en compte les convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille. La mention de l'adverbe gravement à l'article 375 du Code civil démontre en outre que les parents sont les premiers garants de l'éducation et du développement de l'enfant⁷. Par conséquent, « *il ne s'agit d'intervenir que lorsqu'il y a dérapage grave, extrémisation des paroles et des actes, avec*

¹ Cela ne sera pas le cas dans la mesure où les enfants exercent notamment des activités extrascolaires, sportives et musicales. C'est pourquoi la pratique religieuse de la famille, liée aux convictions de la mère, ne porte pas gravement atteinte à l'éducation des enfants ainsi qu'au déroulement normal de la vie familiale (CA Dijon, 6 juillet 2012, Jurisdata n° 2012-016121).

² MIVILUDES, *Guide précité, Doc. fr.*, 2010, p. 65-66.

³ Cour EDH, 26 juillet 2007, *Schmidt c/ France*, req. n° 35109/02, § 67.

⁴ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1006.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 15 février 1977, *Bull. civ. I*, n° 69.

⁶ CA Angers, 14 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-052104 (absence de suivi scolaire sérieux en raison du changement fréquent d'établissement) – CA Paris, 29 juin 2001, Jurisdata n° 2001-152768 (isolement du mineur qui n'est pas scolarisé, suit des cours par correspondance et refuse de voir son père) – Cass. crim., 11 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 269 (enfant de six ans et demi envoyé dans une école dirigée par les adeptes du *Sahaja Yoga à Dhampsala* en Inde, condamnation des parents).

⁷ NICOLAU (G.), précité, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 141.

incitation des enfants à vivre en dehors du droit, même si ceux-ci sont par ailleurs parfaitement nourris, soignés et scolairement éduqués. Mais tel est très rarement le cas »¹.

104. L’actualité ou l’imminence du danger. – La réalité du danger ne justifie pas à elle seule la compétence du juge des enfants. Le danger doit être actuel ou imminent. Le mineur doit vivre le danger à court ou moyen terme. Cette condition a été mise en exergue par l’assemblée plénière de la Cour de cassation en 1972². Cela signifie que le magistrat doit se prononcer en fonction de la situation actuelle du mineur dans sa famille. Il ne peut pas se contenter d’évènements passés, notamment la manière négative dont des parents ont élevé un premier enfant qui leur a été retiré, pour décider qu’un nouveau-né est inévitablement en danger dans sa famille³. Le danger passé ne semble pas justifier l’intervention du juge des enfants même si la compétence de ce magistrat a pu se poser dans ce cas précis⁴.

La compétence du juge des enfants ne paraît justifiée que si elle permet de mettre fin à une situation actuelle de danger ou d’en limiter les effets. L’histoire familiale peut toutefois être prise en considération pour déterminer un danger présent⁵. Ce peut être le cas si le mineur a auparavant été placé dans des situations anormales qui l’ont exposé à des risques importants⁶. Ainsi, des antécédents socio-médicaux catastrophiques d’une mère, qui n’a pas préparé la naissance de son enfant, conjugués à sa sortie de la clinique contre avis médical avec un homme particulièrement menaçant ont pu constituer un danger pour l’enfant⁷. Dans cette espèce, les juges ont également relevé que la grossesse n’avait pas été déclarée et que les trois aînés avaient fait l’objet d’un placement. Ce sont donc les circonstances de la grossesse et de la naissance agrégées aux conditions de vie actuelle de la mère avec un homme auquel elle est soumise qui ont permis de caractériser le danger. Des évènements passés et présents ont été pris en compte pour démontrer l’actualité du danger. L’errance d’une mère, un climat de violences conjugales, de menace d’enlèvement du bébé par le père aux dires de la mère et un refus d’un accueil mère-enfant ont également pu justifier un placement en urgence d’un nouveau-né⁸. Ici, le danger n’était pas à proprement dit actuel puisque l’enfant venait de naître et les parents étaient placés en détention préventive. En outre, les magistrats n’ont pas fait référence au critère de l’état de danger pour justifier la mesure de protection mais à l’urgence. Or, ce critère n’est pas une condition

¹ HUYETTE (M.), précité, *D.*, 1996, chron., p. 271.

² Cass. ass. plén., 23 juin 1972, *Bull. ass. plén.*, n° 2.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1977, *Bull. civ. I*, n° 90.

⁴ AUTEM (D.), Thèse précitée, Université Lille 2, 1998, tome 1, § 162.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 2 mai 1990, n° 88-05.050.

⁶ CA Paris, 5 décembre 1986, *Jurisdata* n° 1986-027357.

⁷ CA Riom, 14 mai 2002, *Jurisdata* n° 2002-182507.

⁸ CA Paris, 22 avril 2011, *RG* n° 11/00183.

d'intervention du juge de l'assistance éducative¹. Ce renvoi au critère de l'urgence participe néanmoins au « *niveau d'actualisation du danger* »², ce qui permet d'étendre l'exigence d'un danger présent « *aux cas de danger imminent ou simplement proche* »³.

Le préjudice subi par l'enfant ne doit pas forcément s'être réalisé pour que l'actualité du danger soit caractérisée. Dès lors, « *pour que l'intervention judiciaire se justifie légalement au regard de l'article 375 du Code civil, il faut au moins que la dangerosité de la situation du mineur soit certaine, le danger étant constitué par la forte probabilité que cette situation aboutisse à court ou moyen terme à des conséquences dommageables* »⁴. Admettre que le danger puisse être imminent facilite l'intervention du juge des enfants avant que ce danger ne se produise⁵. La notion de danger n'implique pas l'« *existence actuelle de conséquences dommageables* »⁶. L'assistance éducative doit cependant demeurer une mesure réparatrice. Elle ne peut pas être une mesure préventive destinée à anticiper la réalisation concrète d'un danger éventuel qui présenterait « *un caractère certain d'imminence* »⁷. Cette mission semble en effet davantage dévolue au juge aux affaires familiales.

2/ La preuve du danger par le juge aux affaires familiales

105. L'existence des motifs graves. – Le juge aux affaires familiales est compétent pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En cas de séparation des parents, il peut décider de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un d'eux si l'intérêt de l'enfant le commande et limiter voire refuser l'exercice du droit de visite et d'hébergement de l'autre en cas de « *motifs graves* »⁸. Les motifs graves peuvent se caractériser par un état de danger pour le mineur⁹. Le terme « *grave* » renvoie à ce qui peut avoir des conséquences fâcheuses¹⁰. Ensuite, la

¹ En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 36. Voir également : *supra*, § 85.

² DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 36.

³ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 728.

⁴ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 57.

⁵ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 60. *Contra*. DEISS (A.), précité, *JCP G.*, 1983, I, 3125.

⁶ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 57.

⁷ FALCONETTI (H.), précité, *D.*, 1963, chron., p. 45.

⁸ Art. 373-2-1, al. 1 et 2, C. civ.

⁹ En ce sens : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 192 ; GRATALOU (S.), *L'enfant et la famille dans les normes européennes*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1998, § 586 ; GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 735-740 ; DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 85 ; MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1618.

¹⁰ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITRE, V^o grave.

« gravité » fait référence au caractère dangereux de quelque chose¹. La Cour de cassation a par ailleurs estimé que le « *péril* » encouru par un mineur pouvait justifier l'intervention de ce magistrat malgré le respect dû à la vie familiale². Or, le péril paraît aujourd'hui synonyme du danger³. Il se rapproche par ailleurs du terme « grave » car il est un « *état où il y a quelque chose de fâcheux à craindre* »⁴. Enfin, la Haute juridiction a admis que des motifs graves, tenant à l'intérêt des enfants, étaient caractérisés dès lors que le comportement d'un père mettait en danger l'équilibre psychique des enfants⁵. Une assimilation entre les motifs graves de l'alinéa deuxième de l'article 373-2-1 du Code civil et la notion de danger est donc possible. Cette idée est renforcée par fait que les juridictions du fond se réfèrent au comportement dangereux de l'un des parents pour démontrer l'existence d'un motif grave. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a pris en considération la « *notion de danger, même minime, couru par l'enfant* » au contact de la concubine séropositive du père et qui « *ne pouvait pas être totalement évacué* »⁶. Dans le même sens, la cour d'appel de Rouen a estimé que le comportement d'un père atteint d'une hépatite C, se montrant fort négligent et ne souhaitant pas prendre de précautions, était susceptible de mettre en danger son fils compte tenu du mode de transmission de la maladie⁷. Le motif grave n'est cependant pas constitué par la seule maladie des parents. Ainsi, les juges du fond recourent explicitement ou non à la notion de danger pour démontrer l'existence de motifs graves ou leur absence⁸. En cela, ils suivent la position de la Cour de cassation qui les oblige à motiver leur décision et à prouver l'existence des motifs graves par référence à une situation dangereuse⁹ ou par rapport à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰, les juges du fond déterminant alors le danger par le

¹ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V° gravité.

² Cass. civ. 1^{ère}., 19 décembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 329. A rapprocher : Cass. civ. 1^{ère}., 28 octobre 2003, n° 01-01.415 – Cass. civ. 1^{ère}., 17 octobre 2007, n° 06-18.167. Pour des applications concrètes : CA Rouen, 8 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-231628 – CA Montpellier, 13 mars 2007, RG n° 06/1890.

³ *Supra*. § 56 et 83.

⁴ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V° péril.

⁵ Cass. civ., 1^{ère}., 11 février 2009, n° 08-11.337.

⁶ CA Aix-en-Provence, 25 juin 1991, Jurisdata n° 1991-045583 (droit de visite du père limité au domicile de la mère sans droit d'hébergement).

⁷ CA Rouen, 8 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-231628 (l'intérêt de l'enfant est d'avoir des liens avec son père mais les droits de ce dernier ne doivent pas « *mettre l'enfant en péril* » (droit de visite sans droit d'hébergement)).

⁸ CA Agen, 5 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-045961 – CA Pau, 22 juin 1999, Jurisdata n° 1999-043440 – CA Montpellier, 13 mars 2007, RG n° 06/1890 – CA Bordeaux, 22 septembre 2009, RG n° 09/00260 – CA Amiens, 25 novembre 2009, RG n° 08/05377 – CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/03824 – CA Bastia, 14 septembre 2011, RG n° 10/00533 – CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307 – CA Angers, 13 février 2012, RG n° 11/01644. Pour des grands-parents sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil : CA Douai, 7 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-119682 – CA Rennes, 18 février 2002, Jurisdata n° 2002-191328 – CA Dijon, 6 novembre 2003, Jurisdata n° 2003-229951 – CA Lyon, 14 mars 2011 RG n° 10/01636.

⁹ Cass. civ. 2^{ème}., 29 avril 1998, *Bull. civ. II*, n° 133 – Cass. civ. 2^{ème}., 23 mai 2002, n° 00-10.030 – Cass. civ. 1^{ère}., 2 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 66.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}., 24 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 262 – Cass. civ. 1^{ère}., 17 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 10 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 147 – Cass. civ. 1^{ère}., 24 mai 2007, n° 06-17.611 – Cass. civ. 1^{ère}., 25 mars

recours à l'intérêt de l'enfant¹. Ainsi, une simple irrégularité dans l'exercice d'un droit de visite ne constitue pas un motif grave².

106. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale : une décision à motiver. – L'article 373-2-1 du Code civil autorise le juge aux affaires familiales à écarter l'exercice en commun de l'autorité parentale si l'intérêt de l'enfant l'exige. C'est une solution exceptionnelle que le magistrat réserve aux cas les plus graves³. En réalité, il serait fait recours à un exercice exclusif de l'autorité parentale « *lorsque l'un des parents constitue une menace pour l'enfant* »⁴. Il incombe alors au juge de caractériser les motifs graves tirés de l'intérêt de l'enfant⁵ pour justifier sa décision ordonnant un exercice unilatéral de l'autorité parentale⁶. La Cour de cassation opère un contrôle rigoureux de la motivation des juges du fond. Elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui « *confie, dans son dispositif, l'exercice exclusif de l'autorité parentale sur l'enfant mineur à sa mère, sans s'expliquer, dans sa motivation, sur la modification apportée à l'exercice de l'autorité parentale* »⁷. L'office du juge consiste à relever en quoi l'intérêt de l'enfant commande l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à un seul des deux parents⁸. Il doit rechercher *in concreto* quel est l'intérêt de l'enfant compte tenu des circonstances de la cause⁹. Le magistrat doit démontrer l'existence d'un comportement dangereux du parent pour l'enfant, ce qui sera le cas dans plusieurs hypothèses : alcoolisme¹⁰, violence¹¹, risque d'enlèvement¹² ou enlèvement¹³,

2009, n° 08-14.917 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 avril 2010, n° 09-13.686 – Cass. civ. 1^{ère}., 9 février 2011, n° 09-12.119 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 juin 2011, n° 10-17.720 – Cass. civ. 1^{ère}., 25 septembre 2013, n° 12-21.118.

¹ *Supra*. § 86.

² CA Lyon, 26 février 2009, RG n° 08/02274.

³ Cass. civ. 2^{ème}., 2 avril 1996, *Bull. civ. II*, n° 85 – Cass. civ. 2^{ème}., 27 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 17 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 novembre 2006, n° 05-18.116 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 avril 2010, n° 09-13.686 – Cass. civ. 1^{ère}., 4 novembre 2010, n° 09-15.165.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.72.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 63 – Cass. civ. 1^{ère}., 11 février 2009, n° 08-11.337 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2013, n° 12-16.859.

⁶ L'intervention du juge aux affaires familiales serait donc fondée sur le critère du danger étant donné que les motifs graves peuvent être rapprochés de la notion de danger. En outre, l'intérêt de l'enfant permet de circonscrire ce critère du danger.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 9 juillet 2008, n° 07-19.217 et n° 07-19.218.

⁸ Cass. civ. 2^{ème}., 31 mai 1995, *Bull. civ. II*, n° 165. Voir également : Cass. civ. 2^{ème}., 24 février 1993, *Bull. civ. II*, n° 76 – Cass. civ. 2^{ème}., 2 avril 1996, *Bull. civ. II*, n° 85 – Cass. civ. 2^{ème}., 18 juin 1997, *Bull. civ. II*, n° 190 – Cass. civ. 2^{ème}., 27 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 17 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 novembre 2006, n° 05-18.116 – Cass. civ. 1^{ère}., 4 décembre 2013, n° 13-10.618.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, n° 06-12.655.

¹⁰ CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371.

¹¹ CA Bordeaux, 25 juin 1997, *Jurisdata* n° 1997-046878 – CA Rennes, 15 mai 2000, RG n° 99/01575 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 avril 2010, n° 09-13.686 – CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371 – CA Douai, 3 mars 2011, RG n° 10/05861.

¹² Cass. civ. 1^{ère}., 17 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 10.

¹³ CA Aix-en-Provence, 21 octobre 2009, *Jurisdata* n° 2009-019361.

abus sexuels¹, passé pénal² ou une incarcération conjuguée à des difficultés de communication entre les parents³, comportement inadapté du parent⁴, fragilité psychologique⁵, irresponsabilité⁶, méthodes éducatives préjudiciables pour l'équilibre de l'enfant⁷, appartenance à une secte lorsqu'elle a des conséquences néfastes pour le mineur⁸, tentative d'assassinat du père par la mère⁹.

107. L'existence des circonstances exceptionnelles. – Le juge aux affaires familiales peut décider, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, de confier un mineur à tiers¹⁰. Il peut également, lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale lors de la séparation des parents, décider de confier l'enfant à un tiers dans des circonstances exceptionnelles si le parent qui exerce exclusivement l'autorité parentale venait à décéder¹¹. Ces possibilités traduisent une certaine défiance à l'égard des parents, mais elles attestent surtout de la nécessité de protéger l'enfant victime de sa famille. Ainsi, « *un raisonnement assez proche sous-tend la démarche du juge aux affaires familiales ou du juge des enfants lorsque ces juges confient l'enfant à un tiers* »¹². Par conséquent, ce n'est que si le magistrat démontre l'existence d'une situation dangereuse pour l'enfant qu'il pourra le confier à une autre personne¹³. La notion de danger serait sous-entendue par le législateur lorsqu'il se réfère aux circonstances exceptionnelles pour faire obstacle à la dévolution normale de l'exercice de l'autorité parentale¹⁴. En outre,

¹ CA Nîmes, 13 décembre 2000, Jurisdata n° 2000-137723 – CA Amiens, 28 mai 2003, Jurisdata n° 2003-220975.

² CA Pau, 21 octobre 1997, RG n° 98/3886.

³ CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/03602. Exemples en cas d'incarcération seule : CA Riom, 16 janvier 2001, Jurisdata n° 2001-135266 – CA Nîmes, 10 octobre 2001, Jurisdata n° 2001-162569 (les magistrats ont d'ailleurs indiqué que le « *père représente un danger pour l'enfant* ») – Cass. civ. 1^{ère}., 20 mai 2006, n° 05-14.728 ; *contra*. pour une incarcération trois mois avant la naissance de l'enfant : Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2013, n° 12-16.859.

⁴ CA Aix-en-Provence, 8 juin 2006, RG n° 05/14185 – Cass. civ. 1^{ère}., 11 février 2009, n° 08-11.337 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 avril 2010, n° 09-13.686 – CA Lyon, 21 mars 2011, RG n° 10/01026 – CA Lyon 21 mars 2011, RG n° 10/06085.

⁵ CA Reims, 29 avril 1999, Jurisdata n° 1999-041587 – CA Grenoble, 3 avril 2000, Jurisdata n° 2000-119929 (le parent est en outre alcoolique et violent) – CA Bastia, 19 avril 2011, RG n° 09/00235 ; *contra* : CA Grenoble, 4 avril 2000, Jurisdata n° 2000-119925 (le fait que la mère soit hospitalisée et placée sous curatelle ne fait pas obstacle au maintien de l'autorité parentale conjointe sur les enfants mineurs après la séparation des parents).

⁶ CA Pau, 22 juin 1999, Jurisdata n° 1999-043440.

⁷ CA Nîmes, 23 octobre 1996, Jurisdata n° 1996-030468.

⁸ CA Nîmes, 23 octobre 1996, Jurisdata n° 1996-030468 – Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 1998, inédit, *JCP G.*, 1999, I, 101, n° 19, obs. FAVIER (Y.).

⁹ CA Paris, 26 septembre 2013, RG n° 12/02389.

¹⁰ Art. 373-3, al. 2 C. civ.

¹¹ Art. 373-3, al. 3 C. civ. Cette faculté n'est pas limitée au cas où l'un des parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale (Cass. civ. 1^{ère}., 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 38).

¹² GAREIL-SUTTER (L.), « L'autorité parentale reste-t-elle un outil pertinent de la protection de l'enfant ? », *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 43.

¹³ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), MURAT (P.), « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille*, 2003, chron. n° 1. En ce sens : COLOMBET (C.), « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *D.*, 1971, chron., p. 1 ; AUTEM (D.), Thèse précitée, Université Lille 2, 1998, tome 1, § 137 ; NEIRINCK (C.), « Autorité parentale – Retrait », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 97.

¹⁴ AUTEM (D.), Thèse précitée, Université Lille 2, 1998, tome 1, § 137.

« l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, "reconstituer" la famille »¹. Cela montre bien que seule l'existence d'un comportement dangereux peut justifier le placement de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales². Les juges du fond devront donc caractériser l'existence actuelle ou imminente de ces circonstances exceptionnelles pouvant mettre en danger la sécurité, la santé, la moralité, l'éducation voire la stabilité du mineur³, notamment en cas de conflit familial aigu suite au décès de la mère⁴. En définitive, le juge aux affaires familiales pourra avoir recours à cette mesure toutes les fois où il caractérisera la défaillance, l'inaptitude⁵ ou l'incompétence de la famille⁶, c'est-à-dire des situations familiales mettant en danger le mineur dans sa famille.

108. Le danger : un nouveau critère d'intervention. – La loi du 9 juillet 2010⁷ a pris en compte les conséquences des violences conjugales sur les enfants. Elle a fait de la notion de danger le critère d'intervention explicite du juge aux affaires familiales dans la famille⁸. L'article 515-9 du Code civil dispose effectivement « lorsque les violences exercées au sein du couple [...] mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ». L'enfant victime de violences conjugales est donc un enfant en danger au sens de la loi. Cela est d'autant plus vrai que l'article 515-11 du Code civil précise désormais expressément qu'une « ordonnance de protection est délivrée, dans les meilleurs délais, par le juge aux affaires familiales, s'il estime, au vu des éléments produits devant lui et contradictoirement débattus, qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le

¹ Cour EDH, *Gnavoré c/ France* précité, § 59 – Cour EDH, *Schmidt c/ France* précité, § 84 – Cour EDH, 26 mai 2009, *Amanalachioai c/ Roumanie*, req. n° 4023/04, § 81.

² La notion de danger peut effectivement être déterminée par référence à l'intérêt de l'enfant (*supra*, § 86).

³ CA Nancy, 5 mai 1995, Jurisdata n° 1995-044250 – CA Bordeaux 28 juin 1995, Jurisdata n° 1995-043123 – CA Pau, 12 décembre 1995, Jurisdata n° 1995-051700 – CA Pau, 19 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040817 – CA Nîmes, 7 juin 2001, Jurisdata n° 2001-150765 – CA Metz, 18 mai 2004, Jurisdata n° 2004-252853 – CA Aix-en-Provence, 28 septembre 2004, Jurisdata n° 2004-261875 – CA Agen, 31 mars 2005, Jurisdata n° 2005-272619 – CA Nîmes, 25 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-298021 – CA Agen, 11 octobre 2007, RG n° 06/01410 ; *contra*. à propos de dérives sectaires : CA Versailles, 3 novembre 1994, *JCP G.*, 1995, I, 3855, n° 23, obs. FULCHIRON (H.).

⁴ CA Pau, 26 juillet 2011, Jurisdata n° 2011-021861.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 83.

⁶ LAMARCHE (M.), précité, *AJ fam.*, 2008, p. 141.

⁷ L. n° 2010-769 précitée.

⁸ Par principe, le juge aux affaires familiales n'est pas le juge du danger (CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03534). En cas de départ du domicile conjugal de la victime avec ses enfants, la compétence territoriale du juge aux affaires familiales, en cas de violences domestiques, est déterminée par référence au lieu de résidence de la victime avec les enfants lors du dépôt de la demande, ce d'autant plus si sa volonté de s'installer dans ce lieu est établie (CA Paris, 2 février 2013, Jurisdata n° 2013-003545).

danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés ». Avant la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes¹, ce texte ne mentionnait pas le danger auquel pouvait être exposé le ou les enfants lorsque le juge aux affaires familiales décidait de délivrer une ordonnance de protection. Seule la situation de danger dans laquelle se trouvait la victime directe était prise en compte pour justifier la délivrance de la mesure de protection. Dorénavant, le prononcé de l'ordonnance de protection est également subordonné à l'existence de raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés. Le danger encouru par les enfants en cas de violences conjugales ne motive donc plus uniquement la possibilité de demander une ordonnance de protection en application de l'article 515-9 du Code civil. Il permet de justifier la mesure en elle-même. Il est même permis de penser qu'une ordonnance protection pourrait être délivrée sur le seul fondement d'un danger pour l'enfant, puisque le législateur a prévu une condition alternative sur ce point. Par conséquent, soit c'est la victime directe qui est exposée au danger, soit ce sont les enfants qui le sont.

Cette catégorisation semble néanmoins réductrice en ce qu'elle ne prend pas en compte la réalité des conséquences des violences domestiques sur l'enfant. D'une part, le mineur serait simplement présumé en danger². L'existence des violences conjugales ferait présumer l'incapacité du parent auteur à assurer la protection et la direction du mineur³. Il pourrait alors démontrer qu'il est en mesure d'exercer correctement ses prérogatives, nonobstant les violences qu'il a commises sur l'autre parent⁴. Les problèmes conjugaux seraient distincts des problèmes parentaux. D'autre part, le mineur serait victime en qualité d'objet d'aliénation de sa famille⁵. Ce serait le fait pour l'enfant de devenir étranger ou hostile à l'un de ses parents considérés comme responsables de cet éloignement⁶. Ce sont donc les rapports entre l'enfant et ses parents qui importent. Rattacher l'enfant victime de violences conjugales à la catégorie de l'enfant objet d'aliénation faciliterait la protection du mineur par une meilleure prise en compte du syndrome d'aliénation parentale (SAP) et d'emprise sur l'enfant⁷. C'est pourquoi la situation d'un mineur

¹ L. n° 2014-873 précitée, art. 32, I, 1°, b.

² DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 86.

³ Le juge tirerait de l'existence des violences conjugales (fait connu) l'incapacité du parent à exercer l'autorité parentale (fait inconnu) dont l'existence est rendue vraisemblable par le fait que le parent a commis des violences (CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° présomption). Le magistrat serait donc dispensé de prouver l'état de danger pour le mineur.

⁴ Il appartient au parent de démontrer que les violences qu'il commet ou a commises à l'égard de l'autre ne mettent pas en danger santé, sécurité, moralité, éducation, développement physique, affectif, intellectuel et social du mineur
⁵ *Infra.* § 425.

⁶ Le Trésor de la Langue Française Informatisé (ATILF), V° aliénation, (disponible sur [http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=651798105](http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=651798105;);; consulté le 25 janvier 2012).

⁷ Sur ces deux conséquences des violences conjugales : DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 71 et s.

victime de violences conjugales serait davantage prise en considération par son rattachement à une catégorie moderne d'enfant victime de sa famille¹.

Ces éléments de réflexion ne peuvent occulter le fait qu'en l'état actuel du droit positif, l'enfant ne pourra être protégé que s'il existe un danger actuel, réel et certain², y compris lorsque l'enfant est l'objet d'un placement provisoire en assistance éducative³. Ce danger peut, par exemple, résulter du caractère réitéré ou de la gravité des violences commises.⁴ Il est donc nécessaire que la mise en danger subséquente aux violences soit expressément constatée par le juge aux affaires familiales⁵. Cette démonstration impérative de l'état de danger permet de « *contrebalancer l'allègement de la preuve des violences commises* »⁶. En effet, il suffit qu'existent des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués⁷. Une preuve sommaire des violences⁸ pourrait donc être satisfaisante. Certains considèrent même que le juge n'a pas à vérifier la réalité des violences commises et qu'il doit se contenter de leur vraisemblance, peu importe que les faits ne soient ni avérés ni prouvés⁹. En pratique, seule la preuve réelle des violences permettra de caractériser le danger¹⁰, sauf à présumer la corrélation systématique entre la vraisemblance des violences et l'état de danger¹¹.

3/ La preuve du danger par le tribunal de grande instance ou la juridiction pénale

109. Le retrait de l'autorité parentale prononcé par une juridiction pénale. – En application de l'article 378 du Code civil, l'autorité parentale peut être retirée par une juridiction pénale. C'est notamment le cas si les père et mère sont condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de l'enfant. La notion de danger n'est

¹ *Infra.* § 433.

² CA Orléans, 13 juillet 2011, RG n° 11/00234 – CA Bordeaux, 16 janvier 2013, RG n° 11/06198 ; Jurisdata n° 2013-000244 – CA Paris, 25 avril 2013, Jurisdata n° 2013-008180.

³ CA Limoges, 23 janvier 2012, RG n° 11/00694 ; Jurisdata n° 2012-0010580.

⁴ Circ. n° CIV/13/10 précitée, texte non paru au *JO*, p. 2.

⁵ A propos de l'ancien article 220-1 du Code civil : Cass. civ., 1^{ère}, 6 février 2008, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *Dr. famille*, 2008, comm. n° 39, obs. LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ; *AJ fam.*, 2008, p. 168, obs. CHENEDE (F.) ; *RJPF*, 2008-5/18, obs. LEBORGNE (A.).

⁶ BAZIN (E.), « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples », *JCP G.*, 2010, doct., 957.

⁷ Art. 515-11 C. civ. : la vraisemblance des violences constitue la première condition à l'intervention du juge aux affaires familiales alors que le danger en résultant est la seconde condition. Ces deux éléments sont cumulatifs.

⁸ Sur ce point : MAUJER-VIELPAU (L.), « Mesure de protection des victimes de violences – Ordonnance de protection », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 515-9 à 515-13, 2011, § 17.

⁹ PITTI (G.), « L'ordonnance de protection instituée par la loi du 9 juillet 2010, le juge aux affaires familiales, “juge de paix familiale” », *Gaz. pal.*, 9 août 2010, n° 231, p. 8 ; ALIX (J.), « Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales », *AJ pén.*, 2014, p. 208.

¹⁰ CA Paris, 24 novembre 2011, RG n° 11/13788.

¹¹ BAZIN (E.), précité, *JCP G.*, 2010, doct., 957.

pas explicitement envisagée dans ces hypothèses, mais en réalité, « toutes les infractions qui représentent pour l'enfant un véritable danger sont visées »¹. La qualification pénale des faits et la condamnation du parent suffisent effectivement à démontrer l'existence actuelle et certaine du danger, en particulier si l'infraction est commise sur la personne du mineur². Dès lors, bien que les juridictions répressives prennent en compte le comportement des parents au-delà de la commission des faits et le dommage subi par le mineur pour caractériser implicitement l'état de danger³, l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique du mineur, matérialisée par l'infraction, est suffisante pour démontrer la présence du danger. Il s'agit même d'un danger réalisé puisque l'enfant a subi un préjudice. Lorsque les faits de danger sont qualifiés pénalement, un retrait de l'autorité parentale est possible sur le fondement de l'article 378 du Code civil. La condamnation d'un parent pour le délit d'abandon de famille, prévu à l'article 227-3 du Code pénal, n'autorise cependant pas le retrait de l'autorité parentale⁴ même si cette infraction place l'enfant dans un état de danger. Il ne s'agit pas d'une infraction dirigée contre la personne de l'enfant, mais elle pourrait être invoquée devant le tribunal de grande instance⁵. A l'inverse, l'abandon moral de l'enfant de l'article 227-17 du Code pénal peut justifier le retrait de l'autorité parentale si la santé, la sécurité ou la moralité du mineur sont en danger⁶. La juridiction pénale ne pourra toutefois pas prononcer le retrait de l'autorité sur ce fondement si les seules conditions de l'éducation du mineur sont compromises⁷, la réalité du danger n'étant alors pas suffisamment démontrée.

La juridiction pénale peut prononcer un retrait de l'autorité parentale, sur le fondement de l'article 378 du Code civil, à l'égard d'un parent qui a perpétré un crime sur la personne de l'autre parent⁸. Le danger ne semble pas apparaître expressément dans cette hypothèse. Néanmoins, la

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 474 ; En ce sens : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 597.

² CA Angers, 19 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-0481174 – CA Douai, 23 janvier 2001, Jurisdata n° 2001-160249 – Cass. crim., 13 novembre 2008, n° 07-83.837 et n° 07-86.644.

³ CA Pau, 27 janvier 1993, Jurisdata n° 1993-040075 (vie dissolue et caractère pervers et instable du parent condamné conjugué au dommage physique et moral subi par les enfants et constaté médicalement) – CA Paris, 12 février 2003, Jurisdata n° 2003-212418 (comportement violent et agressif de la mère condamnée pour le meurtre de son fils et tentative de meurtre sur sa fille dont le suivi socio-judiciaire ne saurait être le seul garant de la protection de l'enfant) – CA, Agen, 9 février 2009, Jurisdata n° 2009-003334 (répétition des faits et multiplications des infractions commises sur les enfants).

⁴ Cass. crim., 11 décembre 1984, *Bull. crim.*, n° 393. Admettre le contraire permettrait de rendre service au parent qui ne souhaite plus assumer la charge pécuniaire de l'enfant.

⁵ Dans ce cas, le danger exigé par l'article 378-1 du Code civil sera caractérisé puisqu'il établit le désintérêt des parents (CA Reims, 22 février 1991, Jurisdata n° 1991-042628 – CA Lyon, 23 septembre 2003, Jurisdata n° 2003-238598).

⁶ CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044837 (défaut de vaccinations) – CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044838 (défaut de vaccinations).

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2005, § 21.

⁸ Homicide volontaire, actes de tortures, violences volontaires ayant entraîné la mort ou une infirmité permanente, séquestration ou enlèvement, délaissement d'une personne hors d'état de se protéger s'il a entraîné sa mort ou une mutilation ou une infirmité permanente et viol (GEOFFROY (G.), *Rapport n° 2293, Proposition de loi n° 2121*

commission d'un crime contre l'un des parents par l'autre permet d'envisager la réalisation d'infraction contre l'enfant à l'avenir. Le mineur serait donc en danger lorsque l'un de ses parents a commis un crime sur la personne de l'autre. Il convient cependant de penser que l'enfant est présumé en danger dans cette situation¹. L'existence d'un crime commis sur le parent ferait présumer l'incapacité du parent auteur à assurer la protection et la direction du mineur.

Cette nouvelle cause de retrait de l'autorité parentale permet à la juridiction pénale d'intervenir dans la famille dans des situations où le juge civil était auparavant seul compétent sur le fondement de l'article 378-1 du Code civil². Cette extension des motifs de retrait devant la juridiction pénale devrait favoriser l'effectivité de la protection du mineur, ce d'autant plus que le juge civil ne prononce pas toujours le retrait quand un crime a été commis contre un parent par l'autre. En effet, malgré « *l'assassinat de la mère par le père, meurtre d'une rare violence commis devant les enfants* », une cour d'appel a refusé de prononcer le retrait de l'autorité parentale « *dès lors qu'il n'y a aucun danger pour eux et qu'il ressort de leur examen psychologique qu'ils ont besoin de garder des liens mêmes ténus avec leur père privé momentanément de l'exercice de l'autorité parentale mais détenteur d'un droit de correspondance* »³. A l'inverse, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir prononcé le retrait de l'autorité parentale d'un père, meurtrier de la mère, car, outre le fait que son comportement avait manifestement mis en danger la santé et la sécurité des enfants, la poursuite des relations entre ce parent et les enfants mettait en danger la santé mentale des mineurs, qui ne pouvaient être que troublés par le maintien imposé de relations avec leur père⁴. Devant la juridiction civile, la condamnation pénale est donc insuffisante pour caractériser la situation de danger manifeste quand un parent a perpétré un crime sur la personne de l'autre. Elle doit être corroborée par d'autres éléments de preuve. Il est pourtant « *excessif d'exiger un danger non seulement réel mais actuellement réalisé* »⁵, ce qui confirme l'idée que le danger serait présumé devant la juridiction pénale qui a condamné un parent pour le crime commis contre l'autre. A l'inverse, le tribunal de grande instance est tenu de démontrer l'existence d'un danger manifeste pour l'enfant.

110. Le retrait de l'autorité parentale prononcé par une juridiction civile. – L'article 378-1 du Code civil autorise le tribunal de grande instance à prononcer le retrait de l'autorité

renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, Doc. AN. XIII^{ème} législature, p. 37 ; PILLET (F.), *Rapport n° 564* précité, Doc. Sénat. 2009-2010, p. 58).

¹ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 86.

² CA Nancy 16 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-050174 (père meurtrier de la mère) – Cass. civ. 1^{ère}., 14 décembre 1999, n° 98-05.074 (père ayant assassiné la mère).

³ CA Grenoble, 24 janvier 1994, Jurisdata n° 1994-041527.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 29 mai 2001, n° 99-05.015.

⁵ GOUTTENoire (A.), FULCHIRON (H.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 336.

parentale en dehors de toute condamnation pénale lorsque les père et mère mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant soit par de mauvais traitements¹, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction. Compte tenu de la lettre de cette disposition, les juges du fond devront nécessairement caractériser la réalité et l'actualité du danger. Celui-ci ne peut pas être éventuel ou hypothétique². L'adverbe « *manifestement* » insiste bien sur « *le caractère exceptionnel du retrait qui ne doit être prononcé que pour mettre fin à des périls réels, évidents, incontestables* »³. Le seul risque d'une éventuelle mise en danger de l'enfant ne permet pas de prononcer le retrait de l'autorité parentale⁴. Il faut que la juridiction mette en évidence des éléments de faits permettant de caractériser le danger⁵. Le comportement du titulaire de l'autorité parentale, même s'il est pénalement punissable, n'est pas suffisant pour justifier le retrait⁶. Il est donc nécessaire que l'état de danger manifeste existe au jour où la juridiction du fond statue⁷.

Les juridictions civiles peuvent décider de fonder le retrait de l'autorité parentale sur les causes de retrait prévues à l'article 378 du Code civil⁸. La seule référence à la condamnation pénale devenue définitive n'est pas suffisante pour démontrer l'existence d'un danger manifeste pour l'enfant. En d'autres termes, « *la condamnation pénale n'est pas utilisée comme fondement direct du retrait prononcé par la juridiction civile mais comme un élément permettant d'établir le comportement fautif ou manifestement dangereux du parent visé par l'alinéa 1 de l'article 378-1* »⁹. Les juges du fond doivent caractériser la réalité et l'actualité du danger manifeste, la condamnation étant un élément pour y parvenir¹⁰. La cour d'appel de Nancy a ainsi prononcé le retrait de l'autorité à l'égard de parents qui avaient perdu toute légitimité pour orienter et diriger

¹ La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, prévoit de modifier l'article 378-1 du Code civil. Les mauvais traitements seraient ainsi qualifiés par l'insertion des mots « physiques ou psychologiques » (*proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 8 *bis* A), ce qui correspond aux caractéristiques du danger décrites précédemment (*supra*, § 91).

² Cass. civ. 1^{ère}., 14 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 186.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 39. Le retrait de l'autorité parentale est une mesure qui porte gravement atteinte à la vie familiale. C'est pour cela qu'elle doit intervenir à titre exceptionnel (Cour EDH, 10 avril 2012, *Pontes c/ Portugal*, n° 19554/09, § 6 et 79).

⁴ CA Riom, 16 décembre 2003, RG n° 03/02126 – CA Riom, 16 décembre 2003, RG n° 03/01713 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 juillet 1999, n° 97-16.654.

⁵ CA Lyon, 22 mai 2001, *Jurisdata* n° 2001-154462.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 6 juillet 1999, n° 97-16.654 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2001, n° 99-14.948 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2001, n° 99-05.060 – Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, n° 06-21.405.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 107.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1988, *D.*, 1988, *jurispr.*, p. 373, note MASSIP (J.).

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 25.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}., 31 mars 1981, *Bull. civ. I*, n° 109 – Cass. civ. 1^{ère}., 29 mai 2001, n° 99-05.015 – Cass. civ. 1^{ère}., 23 avril 2003, n° 01-05.143 – Cass. civ. 1^{ère}., 22 juin 2004, n° 02-05.079.

le mineur en raison de « *la gravité des mauvais traitements subis par l'enfant dans son très jeune âge et ayant entraîné des atteintes à sa santé et sa moralité sous forme de troubles installés avec perturbation profonde de la relation à ses deux parents* » et de « *la condamnation définitive des deux parents comme coauteurs du délit d'agression sexuelle aggravée sur la personne de leur enfant* »¹. Parfois, le danger manifeste est caractérisé au-delà de la condamnation pénale bien que le comportement criminel du parent facilite sa démonstration². Par exemple, le profond traumatisme de l'enfant dû aux crimes commis par son père sur son frère et ses demi-sœurs a permis de démontrer la nécessité de soustraire le mineur à l'autorité de son père, même si ce dernier était détenu pour une longue période à l'issue de laquelle l'enfant serait majeur³. A cet égard, la preuve du danger repose sur une conception purement psychologique.

4/ Les conflits de compétence au sein de la protection judiciaire de l'enfance

111. Assistance éducative et exercice de l'autorité parentale. – Le juge des enfants est expressément compétent pour protéger l'enfant en danger. Afin d'atteindre cet objectif, il peut prendre des mesures encadrant l'exercice de l'autorité parentale. Or, le juge aux affaires familiales est compétent pour statuer sur les modalités d'exercice des prérogatives parentales. Il intervient dans une optique différente⁴ même si son action peut implicitement être justifiée par une situation d'enfant en danger. Il est possible que ces deux magistrats prennent des décisions contradictoires à l'égard du mineur. En effet, le juge aux affaires familiales a une compétence exclusive pour statuer sur l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. Il peut notamment se prononcer sur la manière dont est exercée l'autorité parentale. Cet exercice de l'autorité par les parents peut toutefois placer l'enfant dans une situation de danger au sens de l'article 375 du Code civil. C'est alors le juge des enfants qui est compétent et cela, bien que le juge aux affaires familiales intervienne dans des situations qui auraient justifié une saisine du juge de l'assistance éducative. Hormis ce cas particulier, le législateur a organisé précisément la « *coordination dans l'intervention des deux magistrats en leur assignant un domaine d'action*

¹ CA Nancy, 23 septembre 2011, RG n° 09/00747.

² CA Angers, 13 avril 1999, Jurisdata n° 1999-108791 (retrait prononcé sur le fondement de l'article 378-1 ; père condamné pour le viol de sa fille qu'il s'obstine à nier, ce qui fait craindre une réitération des faits) – CA Rennes, 16 mai 2002, Jurisdata n° 2002-204100 (nocivité du père alcoolique qui a violé et gravement torturé un enfant né d'une précédente union) ; *contra.* : CA Lyon, 22 mai 2001, Jurisdata n° 2001-154462.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 22 juin 2004, n° 02-05.079.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 430.

précis »¹ (a), ainsi que la communication des informations entre les différentes juridictions appelées à protéger l'enfant en danger (b).

a/ La résolution des conflits de compétence entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales

112. La complémentarité des interventions. – L'existence de compétences concurrentes entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales est justifiée par un contexte différent d'intervention entre ces magistrats, mais complémentaire². Cette concurrence est justifiée par le besoin de permettre au juge de l'assistance éducative, saisi à propos de la situation d'un enfant, de prendre des mesures urgentes pour garantir sa sécurité, sa moralité, sa santé ou les conditions de son développement. Par exemple, le juge des enfants est susceptible de prononcer le retrait d'un enfant de son milieu naturel en urgence afin d'assurer sa protection immédiate³, alors que le juge aux affaires familiales, saisi par l'un des parents, ne s'est pas encore prononcé. Il se peut même que ce dernier n'ait pas encore été saisi⁴. Les interventions du juge des enfants et du juge aux affaires familiales sont donc complémentaires. Le premier peut seul « *prendre des décisions urgentes et adaptées à la problématique familiale et au danger immédiat encouru par l'enfant* »⁵. Sa décision est par principe temporaire, étant donné que le juge des enfants constitue « *une juridiction d'exception dont l'intervention nécessairement provisoire ne s'inscrit pas a priori dans une perspective à long terme* »⁶. Ainsi, le juge des enfants est compétent en matière d'assistance éducative, d'autant que son rôle particulier en matière d'autorité parentale rend difficile une unification des compétences entre celui-ci et le juge aux affaires familiales⁷. Il intervient dans la famille tant que dure le danger. Au contraire, le juge aux affaires familiales, lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, prend une décision qui a vocation à durer, c'est-à-dire à protéger durablement l'enfant contre l'un de ses parents.

113. L'antériorité de la décision du juge aux affaires familiales. – L'alinéa deuxième de l'article 375-3 du Code civil prévoit que le juge des enfants ne peut intervenir que si un fait

¹ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 408.

² PERMINGEAT (J.-M.), « Les compétences concurrentes du juge des enfants et du juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2013, p. 280.

³ Art. 375-5, al. 1^{er} C. civ.

⁴ PERMINGEAT (J.-M.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 280.

⁵ PERMINGEAT (J.-M.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 280.

⁶ GEBLER (L.), « L'enfant et ses juges, Approche transversale des procédures familiales », *AJ fam.*, 2007, p. 390.

⁷ GARAPON (A.), « Droit judiciaire privé (le juge et la famille). Rapport français », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées Turques)*, Paris : Economica, 1990, p. 707.

nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision du juge aux affaires familiales statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers, lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement 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 mère¹. Le conflit conjugal, qui relève effectivement de la compétence du juge aux affaires familiales, est potentiellement une source de danger pour le mineur. Il n'est alors pas exclu que le juge des enfants soit tenu d'intervenir². Néanmoins, sa saisine n'est pas « *systématiquement nécessaire dans un contexte de séparation liée à des violences conjugales* »³. La lettre du texte semble énoncer que le juge des enfants ne peut pas intervenir tant que le juge aux affaires familiales ne s'est pas prononcé sur le fond. En ce sens, la Cour de cassation estime que le fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur doit apparaître postérieurement à la décision rendue au fond. Le juge des enfants ne peut donc pas intervenir après une ordonnance de non-conciliation ou une décision provisoire du juge aux affaires familiales même si un danger est présent⁴. Or, le pouvoir d'ordonner des mesures d'assistance éducative appartient au seul juge des enfants⁵. Le juge aux affaires familiales ne peut pas décider du placement provisoire d'un mineur en application des articles 375-3 et 375-5 du Code civil⁶. Son intervention est retardée alors que le danger n'attend pas⁷, ce qui pourrait entraîner une condamnation de la France par la Cour de Strasbourg pour défaut de protection de l'enfant en danger⁸. Ainsi, il serait cohérent d'autoriser le juge des enfants à intervenir en l'absence de décision du juge aux affaires familiales, notamment sur le critère de l'urgence, ou en admettant qu'il puisse prononcer une mesure d'assistance après une décision provisoire du juge aux affaires familiales⁹.

¹ Les mêmes règles s'appliquent pour la séparation de corps.

² BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.41.

³ DURAND (E.), « La vie de l'enfant après la séparation des parents. Illustrations concrètes par un juge des enfants », *AJfam.*, 2010, p. 18. Pour un exemple : CA Aix-en-Provence, 1^{er} juin 2012, RG n° 12/00080, 12/00081, 12/00083 ; *AJfam.*, 2013, p. 177, obs. DOURIS (M.).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 38 – Cass. civ. 1^{ère}., 10 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n° 313 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 161.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 10 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 192.

⁶ CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03534.

⁷ SALVAGE-GEREST (P.), « L'autorité parentale », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 935, 2007, § 44.

⁸ Cour EDH, gr. ch., 10 mai 2001, *Z. c/ Royaume-Uni*, req. n° 29392/95, § 74 – Cour EDH, 26 novembre 2002, *E. et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 33218/96, § 100.

⁹ Dans ce cas, le juge aux affaires familiales interviendrait selon les modalités prévues à l'article 375-3, alinéa deuxième *in fine* du Code civil, ce d'autant plus que la décision du juge des enfants demeure provisoire et conservatoire. Elle ne contraint pas le juge aux affaires familiales. Celui-ci demeure compétent car ses décisions prévalent sur celles du juge des enfants en ce qu'elles ont vocation à durer dans le temps. A l'inverse, les décisions du juge des enfants ne sont que temporaires et « *n'ont pas vocation à régir la situation du mineur pour l'avenir, sur le terrain de l'exercice de l'autorité parentale* » (BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.41).

Le juge des enfants, pour modifier le mode de vie du mineur, doit fonder sa décision sur la preuve d'un fait nouveau. En d'autres termes, il doit démontrer l'existence d'un élément qui n'existait pas lorsque le juge aux affaires familiales s'est prononcé¹. C'est ce qui justifie qu'une décision différente soit rendue², mais à condition que ce fait nouveau entraîne un danger actuel ou imminent et certain pour le mineur à la date où la juridiction statue³. Là encore, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir d'appréciation. Elle exerce toutefois un contrôle de leur motivation⁴.

114. L'antériorité de la décision du juge des enfants. – L'alinéa deuxième *in fine* de l'article 375-3 du Code civil précise que le juge aux affaires familiales conserve la faculté de statuer alors que le juge des enfants a été saisi et a prononcé une mesure d'assistance éducative. Cela signifie que « *les mesures prises par le juge des enfants ne peuvent pas faire obstacle à ce que le juge aux affaires familiales se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale* »⁵. Il peut notamment décider du lieu de résidence de l'enfant⁶. Néanmoins, si le juge des enfants retire l'enfant de son milieu naturel, la décision du juge aux affaires familiales ne produira ses effets qu'à compter du moment où la mesure d'assistance éducative sera levée⁷. La primauté de l'action du juge des enfants est garantie puisque le juge aux affaires familiales ne peut pas écarter sa décision⁸. Un tempérament a toutefois été apporté à ce principe. Si la décision du juge aux affaires familiales fixe la résidence du mineur chez le parent à qui l'enfant a été confié par le juge de l'assistance éducative, elle prend effet immédiatement⁹.

Le juge aux affaires peut également être amené à assurer la coordination des mesures qu'il décide avec celles ordonnées antérieurement par le juge des enfants, dès lors qu'elles concernent un mineur en danger. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé la décision d'une cour d'appel ayant décidé, le 7 mars 2012, que le droit de visite et d'hébergement d'un père, qui avait saisi le juge aux affaires familiales dans le cadre de la séparation du couple, s'exercerait, pour un an, selon les modalités mises en œuvre par le service chargé de la mesure d'action éducative en milieu ouvert

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 38 – Cass. civ. 1^{ère}., 10 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n° 313 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 161 – Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, n° 05-21.770 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 novembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 358. Sous la réserve : Cass. civ. 1^{ère}., 23 février 1994, *Bull. civ. I*, n° 78.

² Cass. civ. 1^{ère}., 2 décembre 1997, *Bull. civ. I*, n° 344.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 11 juillet 2006, n° 05-05.007 – Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, n° 05-21.770. Pour une application concrète : CA Aix-en-Provence, 1^{er} avril 2011, RG n° 10/00295.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 12 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 17.

⁵ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 422.

⁶ En ce sens : CA Riom, 12 septembre 2000, *Jurisdatal* n° 2002-125326.

⁷ CA Versailles, 11 juillet 1991, *Jurisdatal* n° 1991-043310 – CA Riom, 30 juin 2001, *Jurisdatal* n° 2001-145734 – CA Rennes, 4 avril 2005, *Jurisdatal* n° 2005-292420.

⁸ BONFILS (P.), GOUTTENoire (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 763.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}., 6 octobre 1999, n° 98-05.090 – CA Paris, 5 juillet 2001, *AJ fam.*, 2001, p. 56.

(AEMO) résultant du jugement, du 24 novembre 2011, du juge des enfants. Pour la Haute juridiction, « *la cour d'appel n'a pas délégué les pouvoirs que lui confère la loi quant à la fixation des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé à un parent sur ses enfants, mais a seulement défini les conditions dans lesquelles la coordination de cette mesure serait assurée avec celle ordonnée par le juge des enfants, compte tenu de la situation particulière de l'enfant, dans ses relations avec son père* »¹. Cette solution permet d'assurer la coordination des interventions judiciaires auprès de l'enfant. Elle garantit la protection du mineur initiée par le juge des enfants, puisque la procédure d'assistance éducative n'est pas remise en cause par la décision du juge aux affaires familiales. Au contraire, cette dernière confirme l'existence d'une situation de danger pour l'enfant, compte tenu de ses rapports avec son père.

115. La fixation du droit de visite du tiers avec l'enfant placé. – La détermination du droit de visite entre un mineur confié à un service par le juge des enfants et des tiers a suscité des difficultés relativement à la compétence du magistrat. Aucune solution précise n'avait été dégagée tant en doctrine² qu'en jurisprudence. Certaines juridictions ont jugé que le juge des enfants était compétent³, d'autres que seul le juge aux affaires familiales pouvait trancher cette question⁴. Des juridictions ont estimé que le juge des enfants n'était compétent que si la personne qui sollicitait le droit de visite était elle-même à l'origine du danger⁵ ou encore qu'il ne l'était pas au motif que le terme « parent », visé à l'article 375-7, alinéa quatrième du Code civil, devait s'entendre restrictivement. Il ne s'étendait donc pas à l'ensemble de la parenté comme les grands-parents⁶. En raison de ces incertitudes, la Cour de cassation s'est prononcée sur cette question. Elle a considéré que le juge des enfants pouvait supprimer le droit de visite du tiers lorsque son exercice mettait l'enfant en danger⁷, mais il ne pouvait pas fixer le droit de visite du tiers en cas de placement à l'extérieur du domicile familial⁸. La Haute juridiction semblait donc dénier toute compétence au juge des enfants. Le 9 juin 2010, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Désormais, « *si le juge aux affaires familiales est en principe compétent pour fixer,*

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 14 mai 2014, n° 13-16.535.

² En ce sens : CHAILLOU (P.), « Le juge des enfants est-il compétent pour statuer sur le droit de visite de grands-parents ou de tiers dans le cadre de la procédure d'assistance éducative ? », *AJ fam.*, 2007, p. 222.

³ CA Versailles 18 décembre 1987, Jurisdata n° 1987-048279 – CA Paris, 8 juillet 1988, Jurisdata n° 1988-024395 – CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051374 – CA Riom, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-110762 – CA Versailles, 2 mai 2002, Jurisdata n° 2002-256172 – CA Riom, 17 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219061.

⁴ CA Nîmes, 7 mars 1995, Jurisdata n° 1995-030011 – CA Riom, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-110762. Egalement : CA Grenoble, 18 mai 2001 – CA Lyon, 25 mai 2001 (cités par CHAILLOU (P.), *AJ fam.*, 2007, p. 222).

⁵ CA Riom, 13 janvier 2004, RG n° 03/00077.

⁶ CA Nîmes, 7 mars 1995, Jurisdata n° 1995-030011.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 2006, n° 05-15.902.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 22 octobre 2002, n° 01-05.049.

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 »¹. La Haute juridiction a statué en faveur de la compétence exclusive du juge des enfants. Le droit de visite demandé par le tiers doit être considéré comme « mesure consécutive au placement qui s'intègre dans un ensemble plus général pour lequel le juge des enfants est globalement compétent »². Une exception est apportée à la compétence du juge aux affaires familiales, mais elle est strictement limitée aux hypothèses où le mineur a été placé par le juge des enfants. Ce dernier étant le magistrat du danger, il est normal que le droit de visite du tiers soit apprécié dans ce cadre et qu'un bloc de compétence soit attribué au juge des enfants, magistrat spécialisé de l'enfance³. En effet, dès lors que l'enfant est placé dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, ses relations avec des tiers ne relèvent plus des prérogatives parentales⁴. Cette solution jurisprudentielle n'est fondée sur aucun texte de droit positif. C'est la raison pour laquelle le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose une modification du Code civil. Cette proposition consiste à renforcer le rôle du tiers lié à l'enfant et susceptible de participer à sa prise en charge de manière adaptée. Le juge des enfants disposerait d'un bloc unitaire de compétence, ce qui lui permettrait de statuer sur l'ensemble des droits de visite et d'hébergement de l'enfant placé. Le tiers, parent ou non, mais aussi les père et mère et le mineur lui-même pourrait saisir le magistrat lorsque l'enfant a noué des liens affectifs avec le tiers avant le prononcé de la mesure d'assistance éducative ou au cours de l'exécution de celle-ci. Pour les membres du groupe de travail, la possibilité donnée au tiers de saisir le juge des enfants s'avérerait utile lorsque le service gardien, voire la famille d'accueil, s'oppose au maintien des relations de l'enfant avec le tiers⁵.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 130 ; *D.*, 2010, p. 2343, note HUYETTE (M.) ; *D.*, p. 2092, obs. AUROY (N.) ; *D.*, 2011, p. 1995, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *AJ fam.*, 2010, p. 325, obs. DURAND (E.) ; *RTD civ.*, 2010, p. 546, obs. HAUSER (J.) ; *Petites affiches*, 31 mai 2011, n° 107, p. 17, note AUTEM (D.).

² GOUTTENOIRE (A.), « Droit de visite en cas de placement de l'enfant, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2010 », *D.*, 2011, pan., p. 1995.

³ HAUSER (J.), « Assistance éducative et droit de visite : la guerre des juges pourrait reprendre ! (Civ. 1^{re}, 9 juin 2010, n° 09-13.390, D. 2010. 1555 ; *ibid.* 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; *AJ famille* 2010. 325, obs. E. Durand, *Juge des enfants au TGI de Marseille*) », *RTD civ.*, 2010, p. 546.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.37.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 76-77.

b/ La communication des informations entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance

116. L'organisation de l'échange d'information. – La circulation des informations entre les différents magistrats en charge de l'enfance est nécessaire pour éviter que des décisions contradictoires soient prises¹. Dans un avis du 1^{er} mars 2004, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la communication des pièces entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales². La Haute juridiction a admis que l'article 1187 du Code de procédure civile ne s'oppose pas à ce que le juge aux affaires familiales puisse fonder sa décision relative à l'exercice de l'autorité parentale sur le dossier d'assistance éducative tel que communiqué par le juge des enfants. Elle a toutefois posé deux limites à cette communication. D'une part, les parties à l'instance devant le juge aux affaires familiales doivent avoir la qualité pour accéder au dossier d'assistance éducative en vertu de l'article 1187 précité. D'autre part, les pièces du dossier du juge des enfants doivent être soumises à un débat contradictoire. Le juge des enfants peut donc opposer au juge aux affaires familiales l'alinéa quatrième de l'article 1187 qui lui permet, par décision motivée, de retirer certaines pièces du dossier si la consultation de celles-ci par les parents fait courir un danger au mineur en l'absence d'avocat³. Ces règles informelles ont été confirmées et précisées par le décret du 10 avril 2009⁴. Elles ont contribué « à l'amélioration globale du dispositif de protection de l'enfance en général »⁵. Une véritable communication entre les différents magistrats de l'enfant a effectivement été créée. Ce dispositif, « marqué par le souci de ne pas alourdir inutilement les procédures, est centré autour du juge des enfants, juge du danger, et à ce titre, disposant d'une procédure exorbitante fortement teintée d'ordre public »⁶.

117. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale. – Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales doit impérativement vérifier si une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du mineur. Si tel est le cas, il

¹ LA MESTA (M.), LEBORGNE (J.), BARBE (E.), « Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, Présentation du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 », *AJ fam.*, 2009, p. 216.

² Cass. avis, 1^{er} mars 2004, n° 00-40.001.

³ En ce sens : FOSSIER (T.), « Enfance, La communication du dossier d'assistance éducative au juge aux affaires familiales, obs. sous Cass. avis, 1^{er} mars 2004, n°00-40.001, Guibaud c/ Mlle Sourdrille », *JCP G.*, 2004, I, 167, n° 3.

⁴ D. 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*, 12 avril 2009, p. 6418.

⁵ AUTEM (D.), « La communication entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles (Décret n° 2009-398 du 10 avril 2009) », *Petites affiches*, 18 juin 2010, n° 121, p. 4. En ce sens : LA MESTA (M.), LEBORGNE (J.), BARBÉ (E.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 216.

⁶ CASTELLA (C.), « L'échange d'informations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2013, p. 475.

peut demander au juge des enfants de lui transmettre la copie des pièces du dossier en cours selon les modalités prévues à l'article 1187-1 du Code de procédure civile¹. En contrepartie, le juge aux affaires familiales doit communiquer une copie de sa décision au juge des enfants et toute pièce que ce dernier estime utile². La réciprocité dans la communication des informations n'est pas absolue ni systématique. Le juge aux affaires familiales ne peut pas s'opposer à la communication des pièces qu'il a en sa possession tandis que le juge des enfants « *peut ne pas transmettre certaines pièces lorsque leur production ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à tiers* »³. Le juge de l'assistance éducative n'est pas tenu de transmettre toutes les pièces qu'il a en sa possession ni de vérifier qu'un juge aux affaires familiales a été préalablement saisi. En outre, la transmission de la décision du juge aux affaires familiales au juge des enfants est obligatoire.

La transmission des pièces du dossier d'assistance éducative permettra d'éclairer le juge aux affaires familiales lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, notamment si sa saisine est motivée par le comportement de l'un des parents. Ainsi, la communication du dossier d'assistance éducative a permis d'établir, dans un contexte conflictuel, que la mère faisait obstacle aux soins apportés à l'enfant. L'autorité parentale a donc été confiée exclusivement au père⁴. Dans le même sens, la transmission du dossier d'assistance éducative a confirmé le transfert de la résidence de l'enfant au domicile du père, dès lors que la mère a admis être confrontée à des difficultés éducatives et à une forme d'instabilité dans ses choix de vie⁵.

Afin d'éviter une diffusion trop large des éléments du dossier d'assistance éducative, la communication est restreinte aux procédures impliquant le père, la mère, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié et le mineur capable de discernement⁶. Les parties à la procédure devant le juge aux affaires familiales doivent effectivement avoir qualité pour consulter le dossier en vertu de l'article 1187 du Code de procédure civile⁷, ce qui ne rend pas nécessaire une nouvelle consultation du dossier par les parties avant l'audience devant le juge aux affaires familiales⁸. Le juge des enfants apparaît comme le véritable « *chef d'orchestre de la partition des informations* »⁹. Il peut limiter la communication de celles-ci au nom de la

¹ Art. 1072-1 C. pr. civ.

² Art. 1072-2 C. pr. civ., Art. 1187-1, al. 2 C. pr. civ.

³ Art. 1187-1, al. 1^{er} C. pr. civ.

⁴ CA Grenoble, 24 juillet 2013, RG n° 12/04936.

⁵ CA Aix-en-Provence, 21 février 2013, RG n° 11/16863.

⁶ BRUGEMAN (M.), « Procédure familiale, une coopération nouvelle entre les juges du mineur ? », *Dr. famille*, 2009, alerte n°39.

⁷ Art. 1187-1, al. 1^{er} C. pr. civ.

⁸ CA Douai, 2 mai 2013, RG n° 12/03161.

⁹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Quand le décret du 10 avril 2009 organise la circulation de l'information entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles », *Dr. famille*, 2009, repère n° 5.

protection de l'enfant. « *La procédure d'assistance éducative continue à imposer son particularisme en confisquant même à des juges la connaissance intégrale du dossier* »¹, ce qui n'est pas le cas pour la délégation et le retrait de l'autorité parentale.

118. La délégation et le retrait de l'autorité parentale. – Lorsqu'un mineur fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, il est possible qu'une délégation ou qu'un retrait de l'autorité parentale soient sollicités par le service de l'ASE qui a recueilli le mineur. L'alinéa deuxième de l'article 1205 du Code de procédure civile prévoit alors que le dossier d'assistance éducative doit être communiqué, en entier, au tribunal de grande instance ou au juge aux affaires familiales². Ce dernier, avant de statuer sur la délégation de l'autorité parentale, doit en outre recueillir l'avis préalable du juge des enfants³.

B/ La preuve du danger ou du risque de danger en cas d'intervention socio-administrative

119. Le postulat : la protection de l'enfant en danger dans sa famille. – En principe, « *nulle intervention n'est concevable lorsque la famille fonctionne correctement. La protection sociale n'est justifiée que si l'enfant est en danger* »⁴ dans sa famille. L'action du Conseil général serait également conditionnée par l'existence d'un danger réel et actuel pour le mineur, mais la question s'est posée de savoir si ce critère de l'intervention sociale n'avait pas été abandonné⁵.

120. Les controverses : une action non fondée sur un danger ? – L'exigence d'un danger comme condition d'intervention du Conseil général résultait de l'article premier du décret du 7 janvier 1959⁶. Néanmoins, les lois du 6 janvier 1986⁷ et du 10 juillet 1989⁸ n'avaient pas fait

¹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), précité, *Dr. famille*, 2009, repère n° 5.

² La juridiction peut même commettre le juge des enfants pour que celui-ci procède à toutes les investigations utiles et notamment les mesures d'instruction prévues l'article 1183 du Code de procédure civile (art. 1205, al. 1^{er} C. pr. civ.). A l'inverse, aucune communication d'information n'est prévue quand le tribunal de grande instance prononce une déclaration judiciaire d'abandon après une mesure d'assistance éducative. L'article 1161 du Code de procédure civile devrait ainsi préciser « *lorsqu'une procédure d'assistance éducative a été diligentée à l'égard d'un ou de plusieurs enfants, le dossier en est communiqué au tribunal* ». Cette disposition organise les modalités d'instruction de l'affaire et impose le recueil de l'avis du ministère public. Or, la communication du dossier s'inscrit dans la phase d'instruction de la mesure, ce qui permettrait au tribunal de grande instance de connaître tous les éléments relatifs à la situation familiale.

³ Art. 377, al. 3, C. civ.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 159.

⁵ En ce sens : MACORIG-VENIER (F.), précité, *RDSS*, 1993, p. 73.

⁶ D. n° 59-100 précité.

⁷ L. n° 86-17 précitée.

⁸ L. n° 89-487 précitée.

référence à cette notion et à cette catégorie d'enfant victime de sa famille dans leurs dispositions. Concrètement, les « *risques d'inadaptation sociale* », les « *difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement [l']équilibre [de l'enfant]* » et les « *mauvais traitements* » avaient remplacé le terme « danger » à l'article 40 de l'ancien Code de la famille et de l'action sociale. Par conséquent, le Conseil général n'était plus fondé à protéger les enfants en danger. Le Conseil d'Etat a ainsi estimé que sur le plan juridique, le transfert de compétence issu de la loi du 6 janvier 1986 « *dans les formes dans lesquelles il a été opéré, a eu pour effet [...] de remplacer le concept d'aide à l'enfance "en risque de danger" qui fondait l'intervention des services sociaux, par une série de missions plus souplement définies* »¹. Certains ont même suggéré que le décret du 7 janvier 1959² avait été abrogé étant donné que les compétences des départements avaient été modifiées dans le domaine de la protection de l'enfance³.

Une abrogation expresse ou tacite du texte n'était cependant pas envisageable. D'une part, l'abrogation implicite suppose l'existence d'une contrariété entre une loi ancienne et une loi nouvelle, ce qui empêche l'application simultanée des deux textes. Dans ce cas, il convient de choisir la loi qui exprime la volonté législative la plus récente⁴. Or, la loi du 6 janvier 1986⁵ n'organisant qu'un transfert de compétence entre l'Etat et les départements, « *l'incompatibilité des textes en cause se limite aux acteurs [...]. La scène demeure fondamentalement la même* »⁶. Ensuite, si la loi du 10 juillet 1989⁷ restreint la notion de danger aux situations de maltraitance, elle n'interdit pas d'y recourir. En d'autres termes, l'exigence posée par le décret du 7 janvier 1959⁸ demeurerait d'actualité. Le Conseil général est compétent pour protéger les enfants en danger dans leur famille. D'autre part, l'abrogation explicite du décret du 7 janvier 1959⁹ et sa codification partielle ne sont intervenues qu'avec le décret n° 2004-1136¹⁰. L'article premier de ce texte, devenu l'article R. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles, a été inséré dans une section de la partie réglementaire de ce Code relative à la « *protection sociale de l'enfance en danger* ». Le critère d'intervention du département demeure donc le danger et le risque de danger.

¹ CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 17.

² D. n° 59-100 précité.

³ En ce sens : LIGNEAU (P.), « La réforme de l'aide sociale dans la loi du 6 janvier 1986 », *RDSS*, 1986, p. 467.

⁴ TERRE (F.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 486.

⁵ L. n° 86-17 précitée.

⁶ MACORIG-VENIER (F.), précité, *RDSS*, 1993, p. 73.

⁷ L. n° 89-487 précitée.

⁸ D. n° 59-100 précité.

⁹ D. n° 59-100 précité.

¹⁰ D. n° 2004-1136 précité.

121. Danger et risque de danger : une distinction inopérante. – Avec le décret du 7 janvier 1959¹, certains ont estimé que « *ce n'est pas le danger actuel ou imminent et certain auquel est exposé un mineur qui est pris en considération, mais seulement le risque d'un danger* »². Le Conseil général ne serait dès lors compétent qu'en cas de danger éventuel ou de risque de danger, ce d'autant plus que le juge des enfants ne pouvait être saisi pour protéger le mineur uniquement lorsque celui-ci subissait un danger réel et actuel ou imminent. Cette répartition des compétences entre le Conseil général et le magistrat de l'assistance éducative n'est pas non plus concevable. En effet, la définition de la notion de danger renvoie à celle du risque³, et ce qui est dangereux est source de risque⁴. Inversement, « *le danger peut être défini lui-même comme la situation qui résulte d'un risque* »⁵. Les termes de danger et de risque paraissent en outre synonymes aujourd'hui.

Ce pléonisme démontre que le Conseil général peut en réalité intervenir dans les mêmes situations que l'autorité judiciaire. De plus, le juge des enfants est également fondé à intervenir lorsque le mineur n'a pas encore subi les conséquences dommageables du danger, mais qu'il risque de les subir, le danger étant alors prévisible et certain⁶. La souplesse du critère d'intervention de l'ASE ne permet pas de le différencier fondamentalement de celui de l'autorité judiciaire. Les acteurs de la protection socio-administrative comme de la protection judiciaire sont ainsi compétents pour protéger les mineurs appartenant à la catégorie d'enfant en danger dans sa famille, dès lors que celui-ci « *court un danger réel, sinon réalisé du moins proche et certain qui le menace* »⁷. Il est donc possible d'affirmer que la « *distinction danger latent/protection sociale et danger patent/protection judiciaire n'est guère opérationnelle et se révèle être [...] un faux critère sans portée pratique* »⁸.

122. La confirmation du danger comme critère d'intervention. – La loi du 5 mars 2007⁹ a mis fin aux doutes existants quant au fondement de l'action du Conseil général. Elle a introduit à l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles la notion d'enfant en danger. Toutes les anciennes références, en particulier relatives à l'enfant maltraité, ont été

¹ D. n° 59-100 précité.

² CHAZAL (J.), précité, *in op. cit.*, *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Volume I, Paris : Pédone, 1975, p. 327.

³ *Le Petit Larousse illustré*, V° danger. *Supra.* § 56 et 83.

⁴ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° dangereux.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 160.

⁶ *Supra.* § 104.

⁷ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 160 ; MACORIG-VENIER (F.), précité, *RDSS*, 1993, p. 73.

⁸ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 160. Voir également : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 441.

⁹ L. n° 2007-293 précitée.

gommées de cette disposition. Le législateur a donc retenu une catégorie unique de mineur victime de sa famille : l'enfant en danger. C'est le critère commun de l'intervention socio-administrative et judiciaire dans la famille. Dorénavant, le Conseil général est compétent pour protéger l'enfant en risque de danger et en danger. L'article L. 226-2 du même Code énonce expressément que les missions exercées par l'ASE doivent notamment comporter « *l'information et la sensibilisation de la population et des personnes concernées par les situations de mineurs en danger ou qui risquent de l'être* ». Ce service doit également apporter un soutien aux mineurs et à leur famille confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger ces mineurs¹, et mener des actions de prévention des situations de danger². L'ASE doit enfin organiser le recueil et la transmission des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être et participer à leur protection³. Aujourd'hui, le Conseil général a pour mission la protection des mineurs en danger et en risque de danger. La cause de son intervention est identique à celle de l'autorité judiciaire. Ainsi, le service de l'ASE peut agir lorsqu'elle met en évidence un danger actuel ou imminent et certain. Cette nécessité de prouver l'état de danger n'est pas autant marqué que pour l'autorité judiciaire. L'intervention du Conseil général est conditionnée à l'accord écrit des parents⁴.

Conclusion du chapitre 2

123. Une catégorie indéterminée d'enfant victime de sa famille. – Il semble impossible de pouvoir définir précisément ce que recouvre la catégorie d'enfant en danger dans sa famille tant cette catégorie de mineur classiquement victime de sa famille relève d'une approche factuelle. Cela est d'autant plus vrai que la catégorie d'enfant en danger peut être définie par référence au critère même du danger, mais aussi par rapport à d'autres notions : les motifs graves, les circonstances exceptionnelles, voire le désintéret manifeste des père et mère. L'indétermination de cette catégorie d'enfant victime de sa famille résulte de la volonté du législateur, qui a souhaité assurer une protection adaptée aux particularités de chaque situation. C'est donc le juge du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, qui a principalement la charge d'apprécier souverainement, en fonction des carences éducatives des parents, le contenu de cette catégorie de mineur victime de sa famille. Cette mission incombe en premier lieu au juge des enfants qui intervient expressément dans la cellule familiale pour protéger l'enfant en danger.

¹ Art. L. 221-1, 1°, C. act. soc. et fam.

² Art. L. 221-1, 5°, C. act. soc. et fam.

³ Art. L. 221-1, 5°, C. act. soc. et fam. *in fine*.

⁴ Art. L. 223-2, al. 1^{er}, C. act. soc. et fam.

Néanmoins, le juge aux affaires familiales ou le tribunal de grande instance participent également à la délimitation de cette catégorie classique d'enfant victime de sa famille. En outre, la portée de la catégorie de mineur en danger ne permet pas de fixer exactement les frontières de l'intervention du juge des enfants en assistance éducative par rapport aux autres modes de protection judiciaire du mineur, ou encore vis-à-vis de la protection socio-administrative initiée par le Conseil général. La distinction entre les différents critères d'intervention s'avère dès lors illusoire¹. Elle n'est par ailleurs pas souhaitable car le caractère élargi de la catégorie d'enfant en danger permet d'appréhender une multitude de situations d'enfants victimes de leurs familles. L'indétermination de cette catégorie garantit en principe une protection effective du mineur contre sa famille, même si elle risque d'entraîner un conflit de compétences entre les différents acteurs du dispositif de protection de l'enfant victime de sa famille. En effet, la pluralité des intervenants est à l'origine de certaines difficultés.

¹ En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 134.

CONCLUSION DU TITRE 1

124. Une catégorie unique de mineurs à protéger ? – Au terme de ces développements, il est possible de constater que l'enfant délaissé et l'enfant en danger forment deux catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles. Dans ces situations, la loi et la jurisprudence ont longuement élaboré des critères qui ont « *en commun de chercher à protéger l'enfant d'un danger* »¹. La catégorie de l'enfant en danger ne reflète cependant que de manière imparfaite l'impératif de protection de la personne de l'enfant², particulièrement lorsque ce dernier est victime du désintérêt manifeste de ses parents. Ces deux catégories de mineurs victimes de leurs familles ne sont donc pas systématiquement identiques. Néanmoins, la dualité des catégories classiques révélerait une catégorie unique de mineurs à protéger : l'enfant victime de sa famille. Cette idée est d'autant plus vraie que l'enfant est une personne, qui par sa nature même, nécessite une protection particulière, notamment contre sa famille³. Dès lors, la distinction des critères d'intervention entre désintérêt manifeste et danger n'aurait qu'une portée pratique. Si ces deux catégories classiques obéissent à des logiques propres, elles ont en commun de chercher à protéger l'enfant victime de sa famille⁴ comme le montre l'étude de la jurisprudence. Par conséquent, l'action des autorités publiques serait fondée sur la protection de l'enfant victime de sa famille, car « *les mêmes faits peuvent donner lieu à des procédures différentes. Celles-ci sont souvent complémentaires mais également concurrentes* »⁵. Dans tous les cas, elles permettent d'entraver l'exercice de l'autorité parentale⁶. Les catégories d'enfants délaissés et d'enfants en danger permettent d'adapter le mode de protection de l'enfant victime de sa famille à la situation familiale. Par exemple, les parents peuvent se désintéresser de l'enfant sans pour autant que leur comportement constitue un danger manifeste au sens de l'article 378-1 du Code civil. Un retrait de l'autorité parentale ne sera donc pas nécessaire si une autre mesure permet de protéger efficacement le mineur. C'est l'impact de la mesure de protection du mineur victime de sa famille qui justifie l'intervention de la puissance publique et non l'appartenance du mineur à la catégorie

¹ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 740.

² GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 740. Egalement : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 133.

³ En ce sens : LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 257 ; RAYMOND (G.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 477.

⁴ Sur l'idée que la protection de l'enfant est un critère unique justifiant l'intervention publique dans la famille : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 749 et s.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 93. En ce sens : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 762.

⁶ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 474 et s.

d'enfant en danger ou à la catégorie d'enfant délaissé¹. Ce qui importe c'est l'efficience de la protection qui sera accordée à l'enfant victime de sa famille. En ce sens, chaque catégorie classique de mineur victime de sa famille permet d'orienter l'enfant vers une procédure spécifique de protection, qui lui sera en principe adaptée.

¹ En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 110. Pour un exemple concret : CA Riom, 16 décembre 2003, *AJ fam.*, 2004, p. 280 (dans cette espèce, l'union incestueuse des parents ne constitue pas un danger justifiant un placement en assistance éducative mais, elle pourrait autoriser un retrait de l'autorité parentale pour la juridiction d'appel).

TITRE 2. LE REGIME GENERAL DE PROTECTION DE L'ENFANT

VICTIME DE SA FAMILLE

125. La prise en charge publique des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles. – La prise en charge de l'enfant par ses parents est autant un droit qu'un devoir¹. La loi reconnaît aux père et mère « *une vocation première, naturelle, à assumer la protection et l'éducation de leurs enfants* »². En imposant des obligations à la charge des parents, le droit assure la protection du mineur puisque la société pourra agir en sa faveur si ces obligations parentales ne sont pas accomplies dans l'intérêt de l'enfant³. Effectivement, lorsque la famille se porte mal et que l'enfant est victime de celle-ci, les autorités publiques s'immiscent dans la cellule familiale, afin de limiter l'exercice des prérogatives parentales et pour prendre en charge le mineur. En d'autres termes, si l'appartenance d'un mineur à la catégorie de l'enfant délaissé par sa famille ou de l'enfant en danger dans sa famille est démontrée, la puissance publique est fondée à intervenir pour le protéger. C'est une obligation positive pour l'Etat. La Cour européenne des Droits de l'Homme n'hésite pas à condamner les Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales dont « *le système a failli à protéger les enfants [...] de la négligence et des abus graves qu'ils ont subis sur une longue période* »⁴. « *Il revient à chaque Etat, en fonction de la situation particulière des enfants se trouvant sous sa juridiction, d'adopter des mesures adéquates* »⁵ pour protéger ce groupe classique d'enfant victime de sa famille. Le principe du libre exercice de l'autorité parentale par les père et mère sera ainsi remis en question en raison de la nécessité de protéger l'enfant⁶. En effet, « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* »⁷.

126. L'atteinte à l'autorité des parents. – Cette citation empruntée à MONTESQUIEU illustre la théorie de la séparation des pouvoirs qui irrigue tout le droit constitutionnel classique. Néanmoins, elle permet de justifier la protection de l'enfant victime de sa famille, car si les

¹ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 87.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 537. Egalement en ce sens : GRATALOUP (S.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1998, § 586. Cette primauté résulte de l'article 18, § 1 de la CIDE.

³ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 132.

⁴ Cour EDH, gr. ch., *Z. c/ Royaume-Uni* précité, § 74 – Cour EDH, *E. et autres c/ Royaume-Uni* précité, § 100.

⁵ BURGORGUE-LARSEN (L.), « Article 24 » in DECAUX (E.), [ss. dir.], *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 2011, p. 516.

⁶ LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 34 ; BATTEUR (A.), LARRALDE (J.-M.), « §2. L'encadrement de la fonction parentale », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2012, p. 593.

⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, Paris : Flammarion, 2008, Partie 2, Livre 11, Chapitre 4.

parents abusent de leur autorité à l'égard du mineur, il paraît cohérent que ce dernier ne soit plus soumis à un « *un gouvernement familial* »¹. Cela est d'autant plus vrai que le terme « autorité » provient du latin *auctoritas*, dérivé d'*augere*, qui signifie « combler un vide », « compenser une faiblesse ». L'autorité parentale assure cet objectif. Elle permet d'assister le développement et l'épanouissement de l'enfant grâce au pouvoir qui est conféré aux parents de commander, de décider et d'imposer une volonté à l'enfant. Or, si les père et mère ne commandent plus le mineur parce qu'ils le délaissent, ou le mettent en danger en raison d'un mauvais usage de leur pouvoir de décision, il est nécessaire de restreindre l'exercice de leur autorité. Le pouvoir public doit arrêter le pouvoir familial. A cette fin, le législateur a prévu diverses entraves à l'exercice de l'autorité parentale². Littéralement, l'entrave retient, contient, empêche ou gêne quelque chose. Elle limite les mouvements³. Appliquée à l'autorité parentale, l'entrave permet de limiter l'exercice de celle-ci en cas de dysfonctionnement familial. Elle permet d'assister la famille lorsque les parents sont défaillants et qu'ils ne suffisent plus à protéger le mineur efficacement⁴.

127. Des outils communs de protection de l'enfant victime de sa famille. – Ces entraves, qui permettent de rappeler aux parents « *qu'ils ont une obligation d'éducation et non un pouvoir sans limites sur leur(s) enfant(s)* »⁵, sont aujourd'hui ancrées dans le dispositif de protection de l'enfant victime de sa famille. Elles constituent des instruments ordinaires de protection du mineur, ce d'autant plus qu'elles ont été élaborées de 1889 à aujourd'hui⁶. Les entraves à l'exercice de l'autorité parentale constituent les ressorts communs et généraux de protection des enfants appartenant aux catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles. Elles correspondent au domaine où s'étendent les manifestations de ce groupe d'enfant victime de sa famille. Ces limitations de l'exercice de l'autorité parentale apportent ainsi une aide et un soutien aux parents afin de leur permettre de remplir leur mission correctement (Chapitre 1). Cette assistance peut toutefois s'avérer insuffisante, en particulier si la situation familiale est irrémédiablement compromise. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu une suppléance de la famille, qui permet de confisquer ou de sanctionner l'exercice de l'autorité parentale (Chapitre 2).

¹ BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 522.

² GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 473 et s.

³ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V^o Entrave.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 87 ; BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et al., *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 441.

⁵ RAYMOND (G.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 6.

⁶ *Supra*. § 22.

CHAPITRE 1. L'ASSISTANCE DE LA FAMILLE

128. Une assistance contrainte perturbatrice des liens familiaux. – Les père et mère peuvent solliciter des autorités publiques une assistance lorsqu'ils ne sont plus en mesure d'assurer la protection de l'enfant. Cette assistance peut cependant leur être imposée, notamment s'ils refusent les mesures de protection socio-administrative proposées. Une protection complémentaire à celle offerte par la famille est donc mise en œuvre par la puissance publique. Cette assistance contrainte trouble les rapports familiaux et ces derniers doivent être reconsidérés, ce d'autant plus que les parents demeurent normalement titulaires de l'autorité parentale¹. La réforme issue de la loi du 5 mars 2007² n'a pas rompu avec la tradition « familialiste » du dispositif de protection de l'enfant. Elle a maintenu le principe de l'appartenance du mineur à sa famille, mais elle a en même temps introduit un ensemble de dispositions dont l'objectif est d'organiser « *une forme de rééquilibrage entre le respect des droits de l'autorité parentale et une meilleure prise en compte de la personne de l'enfant dans sa réalité* »³. L'accent est mis sur la notion d'assistance des parents, ce qui suppose leur adhésion, mais dans une optique de soutien à la fonction parentale afin de protéger l'enfant victime de sa famille⁴. En d'autres termes, le mineur doit être au cœur du dispositif, ce qui permet de limiter les droits parentaux contre la volonté de leurs titulaires.

129. La dualité de l'assistance de la famille. – L'assistance de la famille permet d'organiser un contrôle de la parentalité. Cette aide est assurée par des tiers qui interviendront dans la sphère familiale pour protéger le mineur victime de sa famille. L'objectif de l'action des autorités publiques est de résoudre les difficultés familiales qui menacent l'enfant et le placent dans une situation de délaissement ou de danger. La loi a confié cette mission de protection des mineurs et de contrôle des familles à deux pôles : un pôle socio-administratif et un pôle judiciaire. Cette dualité implique un travail concerté afin d'offrir une protection efficace à l'enfant. Or, la multiplication des intervenants rend illisible le système légal. Chaque acteur doit intervenir dans son propre domaine, c'est-à-dire une assistance socio-administrative (Section 1) ou judiciaire de la famille avec l'intervention du juge des enfants (Section 2).

¹ CORPART (I.), « Placements et droits de l'enfant », *AJ fam.*, 2007, p. 66.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ ONED, *Septième rapport annuel de l'observatoire national de l'enfance en danger remis au gouvernement et au parlement*, Oned Editeur, Mars 2012, p. 20.

⁴ En ce sens : BONGRAIN (M.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 14.

Section 1. L'assistance socio-administrative de la famille

130. Une bipartition des compétences source de difficultés. – Le système français de protection de l'enfance est fondé sur une *summa divisio* historique qui distingue le juge des enfants de l'administration¹. Notre dispositif repose sur une co-responsabilité des institutions, ce qui constitue une source éventuelle de complexité. En effet, la délimitation incertaine des compétences a pu engendrer des difficultés pour assurer la continuité des missions. Une opacité du système² et des rivalités entre les différentes institutions³ ont été mises en évidence, en particulier avec la prise en charge de nouveaux problèmes sociaux⁴. En outre, les familles comme les personnes concourant à la protection des mineurs éprouvaient des difficultés à comprendre la rationalité du dispositif de protection de l'enfant victime de sa famille. Le manque de cohérence entre les actions menées par les Conseils généraux et celles pilotées par l'autorité judiciaire justifiait une réorganisation des interventions⁵.

131. La nécessité d'une intervention législative. – Ces éléments ont justifié une modification législative car ils avaient conduit à une judiciarisation de la protection de l'enfant victime de sa famille⁶. La réforme opérée par la loi du 5 mars 2007⁷ a posé les fondements pour éviter un recours excessif à l'autorité judiciaire. Ce texte a consolidé les prérogatives juridiques du département pour que celui-ci détienne réellement un rôle pivot en matière de protection de l'enfance. Une clarification a été apportée quant à la complémentarité des interventions. Le nouveau cadre juridique rend prioritaire la protection socio-administrative du mineur victime de sa famille (§ 1). Celle-ci est toutefois subordonnée à l'accord des parents, ce que confirme la loi

¹ FOSSIER (T.), « La mission élargie des départements en matière d'assistance éducative, *RDSS*, 2005, p. 49.

² NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 61.

³ MELIS-MAAS (S.), « Une réforme attendue : la protection de l'enfance en danger », *JCP G.*, 2006, I, 200.

⁴ Aux familles traditionnellement connues des professionnels en raison de leurs carences éducatives s'ajoutent celles dont les enfants sont victimes de la marginalité, de l'errance, de maltraitances, d'addictions diverses, de problèmes financiers, de conflits familiaux, de séparations, de problèmes psychopathologiques des parents... Sur ce dernier point, le SAP peut amener l'enfant, pris en otage, à rejeter et haïr l'un de ses parents. Or, cette manifestation de l'enfant classiquement victime de sa famille dépasse les catégories d'enfant délaissé ou en danger car le mineur est un objet d'aliénation dans sa famille (*infra*. § 425).

⁵ Voir déjà : CONSEIL D'ÉTAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 28-33 et 38-40.

⁶ BROISSIA (L. de), *Rapport du groupe de travail sur « l'amélioration de la prise en charge des mineurs protégés »*, *Doc. fr.*, 2005, p. 11 ; LARDEUX (A.), *Rapport n° 393 précité, Doc. Sénat. 2005-2006*, p. 15 ; PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256 précité, Doc. AN. XII^{ème} législature*, p. 20. Voir également : GEBLER (L.), « Le juge des enfants au quotidien » in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 77 ; COUR DES COMPTES, *Rapport public thématique : la protection de l'enfance, Doc. fr.*, 2009, p. 26-27.

⁷ L. n° 2007-293 précitée.

du 5 mars 2007¹. Le législateur souhaite s'assurer de la réalité de la volonté des père et mère d'accepter l'assistance du Conseil général, même si la volition parentale est le plus souvent marquée par la crainte du juge plutôt que par la conscience que l'enfant est délaissé ou en danger². Il n'en demeure pas moins que la décision du président du Conseil général où est formée la demande de prestation d'ASE doit respecter les droits des parents (§ 2).

§ 1/ La primauté accordée à l'assistance socio-administrative de la famille

132. La définition de la protection socio-administrative. – Les expressions « protection administrative » et « protection sociale » sont souvent employées pour désigner les actions développées par le département en faveur de l'enfant victime de sa famille. La première renvoie à l'idée d'une intervention bureaucratique détournée des besoins concrets des populations concernées. C'est pour cette raison que le législateur a opté pour l'expression protection sociale comme le montre le titre deux de la loi du 5 mars 2007³ qui organise les « *liens entre protection sociale et protection judiciaire de l'enfance* »⁴. Cette seconde expression ne reflète cependant pas intégralement l'action du département et peut également porter à confusion⁵. Par conséquent, l'emploi de l'expression « protection socio-administrative » pour désigner l'intervention prédominante du département semble plus appropriée. Elle met en exergue la protection qui « *relève de l'administration au sens de la fonction ou des organes* »⁶, mais celle-ci tend à l'amélioration des conditions de vie du mineur en s'intéressant aux rapports entre les membres de la famille ou aux conditions économiques et psychologiques de ceux-ci.

133. La consécration du principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire. – La primauté donnée à l'assistance socio-administrative de la famille est clairement énoncée par la loi du 5 mars 2007⁷. Elle affirme la compétence de principe du Conseil général qui a vocation à

¹ L. n° 2007-293 précitée. Le législateur était déjà intervenu pour renforcer les droits des familles dans leurs rapports avec le service d'ASE (L. n° 84-422 précitée ; L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JO*, 3 janvier 2002, p. 124).

² FOSSIER (T.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 60. Le refus de la famille d'accepter l'intervention du service de l'ASE ou l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de collaborer avec ce service peut entraîner la saisine du Procureur de la République si le mineur est en danger au sens de l'article 375 du Code civil (art. L. 226-4 C. act. soc. et fam. ; *infra*. § 149).

³ L. n° 2007-293 précitée.

⁴ En outre, la section première du chapitre premier du titre deuxième du livre deuxième de la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles a pour titre la « *protection sociale de l'enfance en danger* ».

⁵ D'autres institutions peuvent mettre en œuvre une protection sociale notamment les organismes de sécurité sociale ou les caisses des allocations familiales (CAF).

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° administratif.

⁷ L. n° 2007-293 précitée.

intervenir pour protéger l'enfant en danger ou en risque de danger¹, peu importe que cette situation résulte d'une carence éducative ou d'un désintérêt manifeste. La détermination des compétences ne résulte plus du caractère hypothétique ou présent du danger encouru par l'enfant. Cela est d'autant plus vrai que le Conseil général et l'autorité judiciaire sont fondés à protéger les mineurs appartenant à la catégorie de l'enfant en danger dans sa famille en raison de l'unification des critères de protection au profit de la notion de danger². Le recours au juge pour traiter des difficultés dans l'éducation de leurs enfants n'est pas toujours la solution adéquate pour les parents. Les Conseils généraux ont également pris conscience de la nécessité d'affirmer leur responsabilité première dans la protection de l'enfant victime de sa famille, afin d'acquiescer une liberté d'action au lieu de partager la responsabilité du dispositif avec d'autres partenaires³. Pour parvenir à cet objectif, il était donc essentiel de confier aux Conseils généraux une compétence exclusive pour le recueil et le traitement des informations préoccupantes (A), tandis que l'agencement des actions de prévention du mineur victime de sa famille est désormais fondé sur la notion de « subsidiarité » de l'intervention judiciaire (B).

A/ La transmission des informations préoccupantes aux Conseils généraux

134. Les Conseils généraux, « pierre angulaire » du dispositif. – Depuis la loi n° 2004-809 du 13 août 2004⁴, le département est indiscutablement titulaire des compétences en matière d'action sociale⁵. L'article L. 121-1 du Code de l'action sociale et des familles lui donne la mission de mettre en œuvre la politique d'action sociale en tenant compte des compétences dévolues par la loi à l'Etat, aux autres collectivités territoriales ainsi qu'aux organismes de sécurité sociale. Il coordonne à cette fin les différentes actions menées sur son territoire. C'est l'article L. 112-3 du même Code qui fonde l'action très large du département dans le domaine de la protection de l'enfance. L'intervention normale pour protéger les enfants victimes de leurs familles relève désormais des Conseils généraux⁶. Le dispositif a été recentré sur le département, car le Conseil général doit proposer à la famille toute une série d'accompagnement allant de l'aide à domicile à une prise en charge physique de l'enfant dans un établissement ou dans une

¹ Ce principe est confirmé par l'article L. 221-1, 5° du Code de l'action sociale et des familles.

² *Supra.* § 80.

³ LHUILLIER (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.

⁴ L. n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, 17 août 2004, p. 14545.

⁵ Sur ce point : FOSSIER (T.), précité, *RDSS*, 2005, p. 49.

⁶ En ce sens : LAFORE (R.), « Les montages institutionnels de la protection de l'enfance : entre justice et administration », *RDSS*, 2007, p. 15.

famille d'accueil¹. Ce sont ces solutions qui doivent *a priori* être privilégiées. Afin de garantir la primauté de l'action départementale, la loi du 5 mars 2007² a prévu que les Conseils généraux devaient jouer un rôle central dans le recueil des informations préoccupantes malgré l'absence de définition de cette notion (1). Face aux insuffisances du dispositif³, le législateur a décidé de confier exclusivement la mission de recueil des informations préoccupantes aux Conseils généraux (2), ce qui suppose de s'interroger sur le suivi des enfants victimes de leurs familles après le recueil d'une telle information (3).

1/ La notion d'information préoccupante

135. Une notion nouvelle à définir. – La protection des mineurs appartenant aux catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles s'organise fréquemment à partir du recueil d'une information préoccupante par un Conseil général⁴. La notion d'information préoccupante a remplacé les concepts d'information signalante ou de signalement pour éviter les risques de confusion⁵. Il faut entendre « *par information préoccupante 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* »⁶. L'information préoccupante peut être définie comme un élément quelconque, provenant de toutes sources et étant autant d'indices susceptibles de laisser penser qu'un enfant est victime de sa famille. Elle doit permettre d'avertir le président du Conseil général sur cette situation. Elle suppose également une révélation précoce, étant donné qu'elle n'implique pas nécessairement une transmission à l'autorité judiciaire. La notion laisse penser qu'il faut donner l'alerte le plus tôt possible, avant qu'il soit certain que l'enfant encoure un véritable danger⁷.

L'information préoccupante est un concept qui permet d'englober des éléments qui constituent une source d'inquiétude à propos de la situation d'un mineur victime de sa famille. Elle doit porter sur des faits objectifs, car « *selon l'origine de l'information, les difficultés d'ordre*

¹ *Infra.* § 168.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 323.

⁴ Art. L. 226-3 C. act. soc. et fam. Il convient de noter que la protection du mineur victime peut également être mise en œuvre à la demande des parents.

⁵ ONED, *Troisième rapport annuel au parlement et au gouvernement de l'observatoire national de l'enfance en danger*, Oned Editeur, décembre 2007, p. 24.

⁶ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation*, *Doc. fr.*, février 2008, p. 9.

⁷ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENoire (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 751.

familial peuvent être de nature et d'intensité très différentes »¹. Un décret du 7 novembre 2013 est intervenu pour définir cette notion². Selon l'alinéa premier de l'article R. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles, l'information préoccupante est « *une information transmise à la cellule départementale mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 pour alerter le président du conseil général sur la situation d'un mineur, bénéficiant ou non d'un accompagnement, pouvant laisser craindre que sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger ou en risque de l'être ou que les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises ou en risque de l'être* ». Le législateur a donc explicitement défini l'information préoccupante par rapport à la catégorie de l'enfant en danger³, ce qui contribue à l'imprécision du concept d'information préoccupante. Il semble effectivement impossible de définir une notion par rapport à un standard juridique.

136. Une définition impossible de l'information préoccupante ? – Pour Monsieur Jean-Marc LHUILLIER, la notion d'information préoccupante n'est pas une définition, et elle ne peut pas en faire l'objet. Il s'agirait en réalité d'une qualification qui implique de s'en tenir uniquement à des éléments matériels⁴. Avec cette méthode, la personne à l'origine de l'information préoccupante devrait transmettre tous les faits qu'elle a en sa possession et relatifs à la santé, la sécurité, la moralité, l'éducation, le développement physique, social, intellectuel et affectif de l'enfant. Les informations transmises ne seraient qualifiées de préoccupantes qu'après une évaluation collective et pluridisciplinaire conduite sous l'autorité de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes (CRIP). L'émetteur ne qualifierait plus l'information de préoccupante, évitant ainsi une trop grande part de subjectivité⁵. Cette procédure présente l'inconvénient d'écarter certains éléments d'information qui pourraient néanmoins justifier une intervention publique. A l'inverse, considérer que toutes les informations entrantes sont préoccupantes, peu importe leur origine, possède l'avantage de traiter toutes les situations puisqu'il n'y a pas de tri dans les éléments transmis. Cet afflux important d'information constitue toutefois un risque quant à l'effectivité de la protection. Elle nécessite d'importants moyens humains. En outre, un nombre important de familles pourrait se retrouver sous la surveillance de

¹ ONED, *Troisième rapport annuel* précité, Oned Editeur, décembre 2007, p. 24.

² D. n° 2013-994 du 7 novembre 2013 organisant la transmission d'informations entre départements en application de l'article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles, *JO*, 9 novembre 2013, p. 18291.

³ Implicitement, cette définition inclut la catégorie de l'enfant délaissé par sa famille en raison de la perméabilité existante entre cette catégorie classique d'enfant victime de sa famille et celle de l'enfant en danger dans sa famille.

⁴ LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947.

⁵ LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947.

la puissance publique. Aucune solution ne semble donc satisfaisante en raison de la nature juridique de la notion d'information préoccupante. Il s'agirait d'un standard juridique.

137. L'information préoccupante, un standard juridique ? – L'information préoccupante est une notion juridique de la protection de l'enfance victime de sa famille. Il est même possible de penser que l'information préoccupante appartient à la catégorie des standards du droit. Le concept d'information préoccupante permettrait de regrouper sous cette qualification des situations multiples et variées, prévues ou non par le droit. La transmission de cette information permettrait d'évaluer la situation et de mettre en œuvre, si nécessaire, une mesure de protection à l'égard du mineur victime. De ce point de vue, la notion d'information préoccupante permettrait de « *rassembler dans un même lieu le plus d'informations possible, afin par regroupement et recoupement de faisceaux d'indices, de repérer les situations d'enfants en danger* »¹. L'indétermination de la définition législative milite en ce sens. En effet, l'alinéa premier de l'article R. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles reprend les éléments qui permettent de cerner la catégorie de l'enfant en danger dans sa famille. Or, le danger est une notion indéterminée du droit de la famille². En définissant l'information préoccupante par référence au danger, le législateur a fait de celle-ci une norme souple et imprécise, fondée intentionnellement sur un critère indéterminé, mais directif³. Il est possible d'affirmer que l'information préoccupante appartient à la catégorie des standards juridiques. Cela est d'autant plus vrai qu'elle permet l'adaptation de la règle légale à la multiplicité et à la diversité des situations, comme à l'évolution des mœurs et de la société⁴. Elle garantit l'individualisation de la réponse publique en fonction de la situation propre à chaque mineur victime de sa famille, ce qui correspond au principe de l'efficacité de la protection accordée à l'enfant. Pour autant, si l'information préoccupante est une notion indéterminée, la définition de son contenu demeure envisageable. Ainsi, la création de référentiels communs pourrait favoriser un traitement harmonisé des informations préoccupantes sur l'ensemble du territoire, notamment par le développement d'une évaluation pluridisciplinaire et concertée des informations préoccupantes⁵.

¹ LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947.

² *Supra*. § 89.

³ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o standard.

⁴ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o standard. En ce sens : CARBONNIER (J.), précité, *in* PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 99.

⁵ DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 60, proposition 22 et 23.

2/ Le recueil des informations préoccupantes

138. Une mission exclusive du Conseil général. – Le président du Conseil général a la charge de recueillir, de traiter et d'évaluer « à tout moment et quelle qu'en soit l'origine »¹ les informations préoccupantes relatives aux mineurs victimes de leurs familles. Les personnes qui concourent à la mise en œuvre de la politique de la protection de l'enfance définie à l'article L. 112-3 du Code de l'action sociale et des familles doivent transmettre ces informations à la CRIP sans délai. Cette transmission permettra une évaluation pluridisciplinaire de la situation afin de déterminer les mesures adéquates d'aide et de protection dont le mineur et sa famille peuvent bénéficier², ce qui montre que la protection de l'enfant victime de sa famille repose sur un principe d'efficience. Le législateur a intégré dans ce dispositif toutes les personnes physiques ou morales qui peuvent avoir connaissance de ces situations : particuliers, services publics, établissements publics ou privés, associations³. Un circuit unique de signalement facilement repérable pour les professionnels et les citoyens a été organisé. La centralisation du recueil évite qu'une situation soit ignorée des autorités publiques ou passe inaperçue. L'objectif est donc d'intervenir de manière appropriée dans des situations inconnues des services sociaux, mais détectées par des particuliers. Cette convergence dans le recueil des informations préoccupantes tend à mettre fin à la dispersion antérieure des lieux de signalement, la déperdition des informations et l'engorgement des parquets qui entraînaient de graves dysfonctionnements. De ce point de vue, le cœur du dispositif a bien été déplacé vers le département et son rôle a été renforcé, ce qui pose la question du facteur temps pour l'évaluation de l'information préoccupante transmise à la CRIP⁴. Le Conseil général est le centre de gravité du dispositif, ce

¹ Art. L. 226-3, al. 1^{er} C. act. soc. et fam.

² Art. L. 226-2-1 et R. 226-2-2 C. act. soc. et fam.

³ L'Education nationale est le premier fournisseur d'informations préoccupantes selon l'ONED. Néanmoins, cet élément est à nuancer puisque un grand nombre de transmission est lié à l'absentéisme scolaire (ONED, *Enquête nationale informations préoccupantes*, Oned Editeur, Octobre 2011, p. 17).

⁴ En ce sens : BERNIGAUD (S.), « Du signalement à la prise en charge des mineurs en danger. *Statu quo* ou clarification du dispositif fonctionnel de protection de l'enfance ? », *RDS*, 2007, p. 29. Ce renforcement du rôle du département est susceptible de poser des difficultés, particulièrement avec la disponibilité sous-entendue par le système. En effet, le recueil doit pouvoir être effectif à tout moment (art. L. 226-3, al. 1^{er} C. act. soc. et fam.). Or, les CRIP ne sont souvent pas joignables la nuit et le week-end entraînant un basculement vers le parquet car ils fonctionnent avec une telle permanence, ce qui incite par ailleurs aux signalements directs. Seuls quelques protocoles (art. L. 226-3, al. 2 C. act. soc. et fam.) prévoient l'existence d'un dispositif d'astreinte en dehors des heures d'ouverture de la CRIP, mais il est réservé aux professionnels. Les particuliers doivent alors se tourner vers le 119 ou le parquet. Cette solution est prévue dans certains cas et s'appuient notamment sur l'urgence (ONED, *Cinquième rapport annuel de l'observatoire national de l'enfance en danger remis au gouvernement et au parlement*, Oned Editeur, avril 2010, p. 18-19). Cependant, le Ministère de la Justice réfute la possibilité de solliciter le parquet en cas d'urgence, car l'article L. 226-3 du Code de l'action sociale et des familles ne justifie par le recours au parquet en dehors des heures et des jours ouvrables. Le critère de saisine du ministère public est effectivement la gravité de la situation et non l'urgence (art. L. 226-4, II C. act. soc. et fam. ; circ. 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,

d'autant plus qu'il peut orienter la protection du mineur victime de sa famille vers une assistance socio-administrative ou judiciaire.

139. L'orientation de la protection du mineur victime de sa famille. – L'article L. 226-3, alinéa deuxième du Code de l'action sociale et des familles prévoit que chaque département doit se doter d'une CRIP afin de centraliser le recueil des informations préoccupantes. La CRIP est une structure de référence pour les professionnels et le grand public. Elle constitue désormais le lieu unique de recueil des informations préoccupantes¹. Cette centralisation des informations donne la possibilité au président du Conseil général de remplir sa mission d'initiateur de la protection socio-administrative avant tout recours à une assistance judiciaire de la famille. Sans accorder une position prédominante au président du Conseil général, la loi lui donne les moyens de préserver la philosophie du système, c'est-à-dire la primauté d'un accompagnement respectueux de l'autonomie des familles. La CRIP, en tant qu'outil de pilotage de la politique publique de protection de l'enfance, optimise le traitement et l'évaluation des informations préoccupantes. Son rôle contribue à clarifier et à fiabiliser les procédures. La CRIP est un outil décisif pour orienter et réguler la dualité du système entre assistance socio-administrative et assistance judiciaire de la famille². Par exemple, l'évaluation réalisée par la cellule doit permettre de décider si une saisine sans délai du procureur de la République doit être réalisée en raison de la

p. 12). Il semble donc impératif que les services départementaux assurent la continuité du recueil des informations préoccupantes, ce d'autant plus que la mission du président du Conseil général s'exerce à tout moment. Cet inconvénient a été relevé par le rapport d'information sur l'évaluation de l'application de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance (L. n° 2007-293 précitée). Il est ainsi proposé de garantir, dans chaque département, la continuité du service de recueil des informations préoccupantes par l'organisation d'un dispositif prenant le relais de la CRIP en dehors de ses heures d'ouverture. Il paraît effectivement essentiel que la prise en charge des mineurs victimes de leurs familles ne soit pas retardée afin de ne pas obérer leur protection (DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 62, proposition 26). Cette nécessité est d'autant plus importante que l'intervention du juge des enfants s'exerce à tout moment, y compris lors des fins de semaine. Déjà pratiquée par certaines juridictions, cette solution devrait par ailleurs se généraliser afin de garantir une égalité de traitement entre les justiciables mineurs (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Note du 31 décembre 2009 relative à la continuité du service du juge des enfants, n° SJ-09-456-AB1/31.12.09).

¹ Actuellement, toutes les cellules ont été mises en place (ONED, *Enquête* précitée, Oned Editeur, Octobre 2011, p. 11).

² A cette fin, l'évaluation de la CRIP permet d'orienter l'enfant vers une prise en charge adaptée à sa situation personnelle, ce qui correspond au principe de l'efficacité de la protection du mineur victime de sa famille. Cela inclut les enfants confrontés à des situations de violences conjugales. La situation de ces mineurs entre indéniablement dans le cadre des contextes familiaux préoccupants. En d'autres termes, le mineur appartient à l'une des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles. Cette situation doit donc faire l'objet d'une transmission d'une information préoccupante à la CRIP et d'une évaluation par celle-ci (ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport d'étude sous la direction de Nadège Séverac, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 49-50 ; voir également : ONED, *Les enfants exposés aux violences au sein du couple, quelles recommandations pour les pouvoirs publics*, partenariat entre le service du droit des femmes et de l'égalité et l'observatoire national de l'enfance en danger, Oned Editeur, 2008, p. 14-15). Cela est d'autant plus vrai que cette manifestation d'enfant victime de sa famille dépasse les catégories d'enfant délaissé ou en danger étant donné que le mineur est un objet d'aliénation dans sa famille. Or, cette hypothèse d'enfant victime de sa famille appelle une protection spécifique (*infra*. § 591 et s.).

gravité de la situation¹. Cela sera notamment le cas si des atteintes graves à l'intégrité du mineur ou si des faits qualifiables pénalement sont mis en évidence. En effet, si « *les mesures de protection administrative s'avérant d'emblée inopérantes, la situation du mineur nécessite une protection judiciaire immédiate* »². La loi n'impose cependant pas une saisine immédiate du parquet dans cette situation. Afin de garantir l'effectivité de ce système, le département devra donc disposer de moyens de protection diversifiés et importants pour éviter tout recours excessif à l'autorité judiciaire. La centralisation des informations préoccupantes au sein d'une structure unique présente toutefois un inconvénient. L'afflux des transmissions d'informations auprès des CRIP pourrait affecter l'évaluation et le traitement des situations les plus graves. Or, l'évaluation de la situation doit être réalisée rapidement³ pour assurer la protection du mineur victime et éviter une dégradation importante de la cellule familiale. Cela ne pourrait pas être le cas si la CRIP est submergée par le nombre d'informations préoccupantes transmises. Dans le même sens, la saisine de l'autorité judiciaire pourrait intervenir tardivement alors que la situation du mineur s'est déjà fortement détériorée⁴. Le partage d'information devrait, dans une certaine mesure, permettre de remédier à cette difficulté en facilitant le traitement et l'évaluation des situations de mineurs victimes de leurs familles.

140. Le partage d'information entre les professionnels. – L'évaluation pluridisciplinaire de la situation de l'enfant apparaît utile avant toute saisine des autorités publiques. Elle permet de vérifier qu'un mineur est victime de sa famille. Ce procédé est également utile après la révélation d'une telle situation. Elle démontre la nécessité de porter assistance au mineur. Le partage d'information permet de mettre en évidence les difficultés rencontrées par les parents et qui constituent une source potentielle de délaissement ou de danger pour le mineur. Le partage d'information a été légalisé dans le domaine de la protection de

¹ L'alinéa troisième de l'article L. 226-3 du Code de l'action sociale et des familles précise qu'« *après évaluation, les informations individuelles font, si nécessaire, l'objet d'un signalement à l'autorité judiciaire* ». Le Ministère de la Justice a précisé que l'organisation des CRIP relève de la libre administration des collectivités territoriales mais qu'il paraît souhaitable de centraliser le lieu de décision de saisine de l'autorité judiciaire. En ce sens, l'organisation de la CRIP choisie par le Conseil général importe peu dès lors que cette dernière dispose d'un véritable pouvoir décisionnel pour pouvoir saisir l'autorité judiciaire. Elle ne doit pas se limiter à un simple lieu de regroupement des informations préoccupantes en provenance d'autres sources (circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 12).

² MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation, Doc. fr.*, février 2008, p. 14.

³ L' ONED fait état d'une durée d'évaluation de deux ou trois mois maximum (parfois quatre) avec certaines particularités (ONED, *Cinquième rapport annuel* précité, Oned Editeur, avril 2010, p. 19).

⁴ ONED, *Enquête* précitée, Oned Editeur, Octobre 2011, p. 36. En ce sens : LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947. Monsieur Jean-Pierre ROSENCZVEIG faisait déjà remarquer que l'autorité judiciaire regrettait d'être saisie tardivement par les Conseils généraux (ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 4001).

l'enfance en danger¹ avec la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007², tandis que la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007³ a consacré un partage d'information entre les professionnels de l'action sociale⁴. Le partage issu de la loi relative à la prévention de la délinquance est néanmoins « *distinct et complémentaire du dispositif spécifique de partage d'informations, institué par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance* »⁵.

Le partage d'information de l'article L. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles n'est ouvert qu'aux professionnels qui participent ou concourent à la politique de protection de l'enfance au sens de l'article L. 112-3 du même Code⁶. Ils doivent être soumis au secret professionnel. A l'inverse, le partage d'information organisé à l'article L. 121-6-2 du Code de l'action sociale et des familles concerne tous les professionnels qui interviennent dans le secteur de l'action sociale ou médico-sociale auprès d'une même personne ou d'une même famille. Les professionnels visés sont donc plus nombreux⁷. Ils doivent également être soumis au secret professionnel⁸. Il n'existe cependant aucune obligation de partage pour les acteurs du dispositif de protection de l'enfance.

Ces dispositions énoncent que « *les personnes [...] sont autorisées* » à échanger. Un choix discrétionnaire s'offre donc à chaque professionnel. Toutes les informations n'ont pas vocation à être systématiquement ou automatiquement partagées entre les professionnels⁹. L'échange doit porter sur des informations « *relatives à une situation individuelle* » et être « *strictement limité à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance* » selon l'article L. 226-2-2. Une expression similaire se retrouve à l'article L. 121-6-2. Selon ce texte, le partage des informations « *est limité à ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de la mission d'action sociale* ». Par conséquent, seul l'objectif de protection de l'intérêt supérieur de

¹ Art. L. 226-2-2 C. act. soc. et fam.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ L. 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO*, 7 mars 2007, p. 4297.

⁴ Art. L. 121-6-2, al. 5, C. act. soc. et fam.

⁵ Circ. d'application de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, 9 mai 2007, NOR : INTK0700061C, p. 4.

⁶ Il peut s'agir des membres du service de l'ASE, de la PMI, du service social départemental, de la médecine scolaire, du secteur de la santé, libéral ou non, de l'autorité judiciaire, de l'éducation nationale ou encore d'une association habilitée.

⁷ Ces professionnels peuvent relever de l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de sécurité sociale, des associations et des institutions sociales et médico-sociales. Une circulaire du 9 mai 2007 a indiqué quels pouvaient être les acteurs concernés par référence à l'article L. 116-1 du Code de l'action sociale et des familles (Circ. d'application de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 précitée, 9 mai 2007, NOR : INTK0700061C, p. 3). Il s'agit notamment des travailleurs sociaux chargés de l'accompagnement et du suivi des familles en difficulté, des médiateurs sociaux en rapport avec les usagers et des autres professionnels intervenant en direction des familles, même si ces dernières ne sont pas forcément en difficulté. Le domaine personnel de ce texte est plus large et n'implique pas nécessairement des personnes qui concourent ou participent à la politique de protection de l'enfance.

⁸ Circ. d'application de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 précitée, 9 mai 2007, NOR : INTK0700061C, p. 4.

⁹ NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 202.

l'enfant doit autoriser le partage d'informations. La finalité de cette procédure est effectivement d'évaluer une situation individuelle, de déterminer et de mettre en œuvre les actions de protection et d'aide dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier¹ ou d'évaluer une situation, de déterminer les mesures d'action sociale nécessaires et de les mettre en œuvre². A cet égard, l'article L. 226-2-2 n'est que la déclinaison particulière de l'article L. 121-6-2.

Le législateur a entendu assurer la conformité de ce dispositif à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. L'article L. 226-2-2 impose une information préalable, selon des modalités adaptées, des représentants légaux de l'enfant ainsi que celle du mineur, en fonction de son âge et de son degré de maturité. Seul l'intérêt de l'enfant peut y faire obstacle, mais l'indétermination de cette notion pourrait justifier de nombreuses atteintes à l'intimité familiale. En effet, « *en permettant aux personnes concernées de mettre en avant l'intérêt de l'enfant* », pris dans un sens factuel, « *le législateur les affranchit du respect de la loi* »³. Il est donc essentiel que l'information préalable soit accessible à tous les membres de la cellule familiale, car chaque citoyen a droit à la transparence administrative⁴. L'article L. 121-6-1 ne prévoit pas cette information préalable de la famille, même si la circulaire d'application de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007⁵ a prévu que l'échange d'information « *peut faire l'objet d'une information préalable de la personne ou de la famille en difficulté concernée mais cet échange n'est pas rendu obligatoire par la loi puisqu'il s'inscrit dans la pratique professionnelle et relève de l'appréciation des circonstances par le professionnel* »⁶. Les deux dispositifs ont donc une logique différente. Avec l'article L. 226-2-2, l'information préalable est un principe dont le professionnel peut s'écarter si l'exception de l'intérêt de l'enfant le justifie. A l'inverse, l'article L. 121-6-2 érige en principe l'absence d'information préalable auquel le professionnel peut déroger selon des circonstances qu'il appréciera. La relation de confiance entre le professionnel et la famille pourrait dès lors être fragilisée. En effet, « *revêt un caractère secret l'information qui est le substrat de la relation de confiance que les personnes doivent avoir avec les acteurs concernés, relation sans laquelle ces activités détruiraient leur finalité même* »⁷, c'est-à-dire la protection du mineur victime de sa famille. L'absence d'information préalable est en outre susceptible de conduire à une

¹ Art. L. 226-2-2 C. act. soc. et fam.

² Art. L. 121-6-2, al. 5 C. act. soc. et fam.

³ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 25.

⁴ PUECH (L.), « Secret professionnel : partage d'informations et responsabilité professionnelle », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et *al.*, *op. cit.*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 119.

⁵ L. 2007-297 précitée.

⁶ Circ. d'application de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 précitée, 9 mai 2007, NOR : INTK0700061C, p. 4.

⁷ LAFORE (R.), « Travail social et secret professionnel », *RDSS*, 2010, p. 938.

disqualification de la famille¹, ce qui peut être aussi le cas dans l'hypothèse d'un changement de domicile.

3/ Le suivi des enfants victimes de leurs familles après le recueil d'une information préoccupante

141. La coordination des interventions à l'initiative du Conseil général. – L'article L. 221-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que le président du Conseil général, avisé par le juge des enfants d'une mesure d'assistance éducative ou d'une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (MJAGBF), doit communiquer à ce dernier les informations dont il dispose sur le mineur et sa famille. Cette disposition tend à remédier au problème de la transmission des informations entre les Conseils généraux et le juge des enfants, car l'autorité judiciaire critiquait le fait que l'administration départementale ne lui transmettait pas toutes les informations relatives au mineur victime de sa famille². Pourtant, si le juge des enfants doit aviser le président du Conseil général, en application de l'article R. 221-4 du Code de l'action sociale et des familles, de l'ouverture de la procédure ou de l'instance modificative, cette transmission d'information n'est pas systématique. C'est la raison pour laquelle le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de modifier les articles 1182 et 1190 du Code procédure civile. Il est proposé que ces dispositions contiennent l'obligation pour le juge des enfants d'aviser le président du Conseil général de l'ouverture de la procédure et qu'il lui soit notifié la décision de ce magistrat dans les huit jours³.

Le président du Conseil général doit également organiser, sans préjudice des prérogatives de l'autorité judiciaire, les modalités de coordination en amont, en cours et en fin de mesure entre les services du département et les différents services de l'exécution de la mesure, afin de garantir la continuité et la cohérence des actions menées auprès du mineur et de sa famille⁴. Ce dispositif de coordination des interventions est complété par une information réciproque du président du Conseil général et du procureur de la République par rapport aux situations des mineurs victimes de leurs familles⁵. La dualité des interventions dans ce domaine de la protection de l'enfance implique que le suivi et le contrôle de la continuité des actions soient confiés au président du

¹ Une information préalable systématique présente aussi des inconvénients, car les représentants légaux pourraient instrumentaliser leur droit d'accès au dossier par une intensification des demandes de renseignement. Cela aurait pour conséquence immédiate de ralentir la prise en charge de l'enfant victime de sa famille.

² En ce sens : ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 4001.

³ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 23 et s.

⁴ Art. L. 221-4, al. 2 C. act. soc. et fam.

⁵ Art. L. 226-4, I *in fine* et L. 226-4, II C. act. soc. et fam.

Conseil général, ce d'autant plus que les actions menées s'appuient sur une évaluation de la situation par la CRIP.

Cette mission de coordination générale du recueil de l'information préoccupante jusqu'à la fin de la prise en charge renforce la position du département en lui donnant un rôle clé. Le Conseil général dispose effectivement d'une fonction d'orientation des mesures individuelles afin d'assurer une meilleure cohérence de l'ensemble du dispositif. Le déplacement du centre de gravité du dispositif vers les Conseils généraux est également assuré par l'établissement du projet pour l'enfant¹. Ce document, établi entre les services départementaux et les titulaires de l'autorité parentale, précise les actions qui seront menées, les objectifs attendus, le rôle de chaque intervenant et des parents, ainsi que les délais fixés pour l'accomplissement de la mesure. Cet instrument garantit l'efficacité de la protection socio-administrative pour éviter toute judiciarisation de l'intervention publique, ce qui implique une circulation des informations entre les différents départements.

142. La circulation des informations entre les départements. – La réforme du 5 mars 2007² a donné aux Conseils généraux une compétence de principe dans le domaine de la protection de l'enfance. Le législateur n'a toutefois pas prévu de règles particulières relatives au suivi des mineurs en danger entre les différents départements³. La coordination entre les départements est donc susceptible de poser certains problèmes, en cas d'itinérance de la famille, pour la prise en charge effective des mineurs concernés⁴. Ce fut le cas avec l'affaire « Marina » dans laquelle les déménagements successifs de la famille n'ont pas permis la protection de l'enfant contre ses parents. Dans cette espèce, aucune enquête sociale n'avait pu être menée à son terme⁵. Le changement de résidence de la famille a provoqué une rupture dans la mise en œuvre des mesures de protection par les Conseils généraux, ce d'autant plus qu'aucune transmission interdépartementale des informations n'était organisée sur le plan national⁶. De ce point de vue, la protection socio-administrative du mineur semblait s'arrêter aux frontières des départements. Cet

¹ Art. L. 223-1 C. act. soc. et fam.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ Jusqu'à présent, les croisements d'informations n'étaient organisés par le législateur que de manière interne. Relativement aisés au sein de chaque département, celles-ci étaient en revanche difficile au niveau interdépartemental malgré la mise en place de « signalements nationaux » par certaines collectivités. En effet, elles ne s'appuyaient sur aucune base légale et leur effectivité était limitée en raison de la multiplicité des pratiques départementales (DINI (M.), *Rapport n° 370, Proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative au suivi des enfants en danger par la transmission des informations préoccupantes, Doc. Sénat, 2011-2012, p. 16*).

⁴ MARTINEZ (H.), *Rapport n° 3068, Proposition de loi relative au suivi des enfants en danger par la transmission des informations préoccupantes, Doc. AN, XIII^{ème} législature, p. 13*.

⁵ MARTINEZ (H.), *Rapport n° 3068 précité, Doc. AN, XIII^{ème} législature, p. 16*.

⁶ DINI (M.), *Rapport n° 370 précité, Doc. Sénat, 2011-2012, p. 16*.

écueil de la décentralisation ne se retrouve pas pour la protection judiciaire de l'enfant. Le procureur de la République dispose de moyens pour localiser les familles, tandis que le juge des enfants, qui se dessaisit au profit de la juridiction du lieu de la nouvelle résidence, doit en informer le président du Conseil général selon l'article L. 228-4 du Code de l'action sociale et des familles¹. En raison de ce vide juridique, le législateur a souhaité améliorer la coordination interdépartementale dans les hypothèses de mobilité de la famille, dont la nouvelle adresse est connue mais également lorsque celle-ci ne l'est pas². L'objectif de cette intervention législative tend à pallier cette carence de la décentralisation, qui se caractérise par un cloisonnement entre les différents départements³.

La loi n° 2012-301 du 5 mars 2012⁴ a modifié l'article L. 221-3 du Code de l'action sociale et des familles. Elle a également introduit un nouvel article L. 226-3-2 dans ce Code pour assurer la continuité et l'effectivité de la prise en charge du mineur protégé. Le premier texte autorise la transmission des informations entre les départements lorsque la famille bénéficiaire d'une prestation d'ASE, hors aide financière, ou d'une mesure judiciaire de protection de l'enfance, change de département à l'occasion d'un changement de domicile. Cette transmission sera aussi possible lorsque la famille est concernée par une information préoccupante en cours de traitement ou d'évaluation. Cette disposition n'est cependant applicable que si la nouvelle adresse de la famille est connue. Dans le cas contraire, l'article L. 226-3-2 du Code de l'action sociale et des familles permet au président du Conseil général du département d'origine de rechercher le nouveau domicile de la famille, sauf s'il est tenu de saisir impérativement le procureur de la République⁵. Ce dispositif de contrôle et de surveillance des familles complète le système déjà existant. Il renforce le suivi des enfants victimes de leurs familles en cas de déménagement au sein d'un autre département. Cette procédure ne doit toutefois pas aboutir à une stigmatisation des familles. C'est pourquoi le législateur n'a visé que « *les enfants faisant l'objet d'une information*

¹ MARTINEZ (H.), *Rapport n° 3068 précité, Doc. AN, XIII^{ème} législature*, p. 13.

² DINI (M.), *Rapport n° 370 précité, Doc. Sénat, 2011-2012*, p. 16-21.

³ MARTINEZ (H.), *Rapport n° 3068 précité, Doc. AN, XIII^{ème} législature*, p. 13.

⁴ L. n° 2012-301 précitée.

⁵ Si le mineur n'est pas en danger, l'alinéa deuxième de cette disposition l'autorise à saisir la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) et la CAF compétentes pour obtenir la nouvelle adresse de la famille dans le respect du secret professionnel. Ces dernières sont tenues de lui communiquer dans les dix jours suivant la réception de la demande la nouvelle adresse. Une fois qu'il aura identifié la nouvelle adresse, le président du Conseil général d'origine pourra la communiquer sans délai au président du Conseil général du département d'accueil, ainsi que toutes les informations relatives à cette famille et au mineur concerné. Ce recours direct aux CPAM et aux CAF a permis d'accélérer la procédure de communication de la nouvelle adresse. Auparavant, le président du Conseil général pouvait la demander au procureur de la République, mais son obtention pouvait être allongée et les pratiques divergeaient selon les juridictions. En outre, selon Madame Henriette MARTINEZ, la saisine du parquet reste tout de même souhaitable en raison du comportement inquiétant des parents. La recherche de la nouvelle adresse par le président du Conseil général du département d'origine grâce aux CPAM ou des CAF interviendrait donc en complément de la saisine du procureur de la République (MARTINEZ (H.), *Rapport n° 3068 précité, Doc. AN, XIII^{ème} législature*, p. 16 ; DINI (M.), *Rapport n° 370 précité, Doc. Sénat, 2011-2012*, p. 19).

préoccupante, d'une enquête sociale ou de mesures éducatives ». Cette procédure ne concerne « *en rien les informations, enquêtes et mesures déjà closes* »¹.

B/ La subsidiarité de l'intervention judiciaire

143. Une articulation dynamique. – Le principe de subsidiarité irrigue aujourd'hui tout le dispositif traditionnel de protection de l'enfance². L'intervention publique est subsidiaire par rapport à l'action des parents : il s'agit de pallier une défaillance dans la fonction de protection de l'enfant par ses père et mère. Le retrait de l'enfant de son milieu de vie habituel est également subsidiaire par rapport à son maintien dans la cellule familiale. Enfin, l'intervention judiciaire est subsidiaire par rapport à l'intervention socio-administrative. A cet égard, il apparaît dès l'origine une différence « *de niveau d'intervention et de place entre les autorités administrative et judiciaire* »³, ce qui implique l'existence d'un temps socio-administratif et d'un temps judiciaire. Ce sont deux moments distincts où le choix de la mesure de protection peut s'avérer ou non opportun. Une famille peut réagir de manière différente à une prise en charge identique mais proposée par un autre interlocuteur. Cette réaction sera notamment fonction de l'environnement, de la compréhension et de la réceptivité des enjeux. Les mesures de protection socio-administrative ou judiciaire sont donc dynamiques et non chroniques. Le principe de subsidiarité doit véritablement permettre un mouvement permanent entre les deux protections et ne pas être figé dans une logique d'action d'abord socio-administrative puis judiciaire⁴. Concrètement, les situations classiques d'enfants victimes de leurs familles seront, dans la mesure du possible, prioritairement traitées par le Conseil général. Le recours à une action du juge des enfants sera réduit puisqu'il conviendra de s'assurer de ce qui a été fait ou pourrait être fait sur le plan socio-administratif⁵. Le juge des enfants ne viendra en appui de l'intervention socio-administrative que si les familles sont rétives à l'intervention de l'ASE⁶.

Cette hiérarchisation des interventions est justifiée par le fait que l'autorité judiciaire peut restreindre les droits et libertés des parents et de l'enfant. En effet, seul « *le juge peut obliger les*

¹ MARTINEZ (H.), *Rapport n° 3068 précité, Doc. AN, XIII^{ème} législature*, p. 13.

² ONED, *Neuvième rapport annuel de l'observatoire national de l'enfance en danger remis au gouvernement et au parlement*, Oned Editeur, Mai 2014, p. 13 et s.

³ BROISSIA (L. de), *Rapport précité, Doc. fr.*, 2005, p. 9. Voir également : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 323.

⁴ EUDIER (F.), CHAMBONCEL-SALIGUE (P.), « Réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération (2^{ème} partie) », *RJPF*, 2007-12/10.

⁵ ROSENCZVEIG (J.-P.), « Une rénovation de la protection de l'enfance au service des enfants », *AJfam.*, 2007, p. 57.

⁶ Des situations qui étaient de la compétence du juge des enfants pourraient donc relever de l'ASE dès lors que les parents montreront leur bonne volonté à s'associer aux mesures envisagées.

parents à accepter le choix qui apparaît le meilleur pour l'enfant »¹. Il n'existe cependant pas une hiérarchie juridique entre les différents intervenants mais une différence de degré dans les pouvoirs confiés à chaque institution. Cette conséquence du principe de subsidiarité suppose donc de s'interroger sur sa signification (1) ainsi que sur les conditions de l'intervention complémentaire de l'autorité judiciaire (2).

1/ La signification du principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire

144. L'usage commun de la notion de subsidiarité. – En 2007, le législateur a implicitement rappelé le principe de la subsidiarité de l'intervention judiciaire, mais il n'a pas défini ce principe. La subsidiarité s'entend comme « *le caractère de ce qui est subsidiaire* »², c'est-à-dire ce « *qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation) pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut* »³. Ce principe crée une hiérarchie, un rapport de force entre deux éléments placés en concurrence. Selon Monsieur Jacques RAYNARD, la subsidiarité en droit privé permet d'une part, d'assurer « *la primauté de l'essentiel* » et d'autre part, d'assumer « *la défaillance de l'essentiel* »⁴. Il précise que la subsidiarité est « *un instrument d'une certaine hiérarchie dans le Droit* », étant donné qu'elle « *distingue l'essentiel qui vient en premier du subsidiaire qui ne saurait primer le précédent* ». L'auteur ajoute que « *la subsidiarité assure encore une efficacité de la règle de droit en ce qu'elle supplée à la carence de la norme essentielle, précisément en rendant efficace ce qui est subsidiaire* ». La subsidiarité serait donc une technique de régulation. Elle permet de pallier la défaillance de la norme essentielle par une substitution de la norme subsidiaire, l'insuffisance de la norme principale étant caractérisée par son exceptionnelle inefficacité. La subsidiarité garantit ainsi un résultat identique, ou à tout le moins équivalent, à celui qui aurait été obtenu par la mise en œuvre de la règle première. L'effet juridique atteint resterait donc le même⁵.

145. Subsidiarité et protection de l'enfance. – Appliqué au droit de la protection de l'enfance, le premier sens du principe de subsidiarité signifie que l'intervention de l'autorité judiciaire ne peut prévaloir sur celle du Conseil général. Par principe, l'action judiciaire est

¹ NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 69.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o subsidiarité.

³ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o subsidiaire.

⁴ RAYNARD (J.), « A propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 131.

⁵ RAYNARD (J.), précité, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 131.

seconde voire secondaire par rapport à l'action socio-administrative qui doit prioritairement être mise en œuvre. Les règles relatives à la répartition des compétences « visent à redonner au département la place première qu'il doit avoir et à limiter l'intervention judiciaire à un rôle de subsidiarité »¹. Néanmoins, la deuxième signification du principe de subsidiarité montre que l'action judiciaire serait plutôt complémentaire² de l'action socio-administrative. Dans ce cas, l'autorité judiciaire interviendrait en cas de carence ou de défaillance de l'autorité administrative, mais l'effet produit par l'intervention judiciaire serait identique à celui obtenu par la mise en œuvre de l'action départementale. En d'autres termes, l'action judiciaire est subsidiaire car elle « ne peut être exercée, à titre de garantie, qu'après échec d'une action principale »³ ordonnée par le Conseil général. L'intervention judiciaire intervient en second lieu, mais à titre de renfort de l'action socio-administrative⁴, ce qui permet d'assurer l'effectivité du dispositif traditionnel de protection de l'enfance. La déjudiciarisation de la protection de l'enfance n'implique donc pas qu'une situation, initialement appréhendée par les services départementaux, ne sera pas soumise au juge⁵.

146. Le renouvellement de l'articulation des interventions publiques. – Le législateur a souhaité favoriser l'approche socio-administrative, respectueuse des droits des parents, au détriment d'un recours excessif au juge des enfants. Cette volonté a été rendue possible grâce au rôle accordé au président du Conseil général en matière de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes⁶. Au demeurant, l'intervention judiciaire ne doit pas être perçue comme inférieure par rapport à l'intervention du département. Le juge des enfants demeure un partenaire du Conseil général, puisqu'il est saisi lorsque les mesures de protection socio-administratives sont dans l'impossibilité de faire cesser l'état de danger ou s'avèrent inefficaces dès l'origine. Si l'action socio-administrative doit être menée en priorité, la loi n'a pas créé de hiérarchie juridique entre les différentes interventions. Le principe de subsidiarité correspond donc à l'idée de complémentarité des actions voire à la « notion de "secondarité" de l'action judiciaire, au sens où la protection judiciaire ne doit être envisagée que "dans un second

¹ LHUILLIER (J.-M.), précité, RDSS, 2010, p. 947.

² Le Conseil d'Etat évoquait déjà la complémentarité des missions des deux institutions en 1990. Il envisageait même qu'elles soient « parfois cumulatives, et non parallèles, ou concurrentes » (CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, Doc. fr., 1991, p. 15).

³ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o subsidiaire (action).

⁴ La circulaire du 6 mai 2010 précise que l'intervention judiciaire « doit toujours être subsidiaire à l'intervention antérieure de l'autorité administrative. Lorsque cette dernière s'est révélée inopérante, la saisine judiciaire intervient » (Circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 2).

⁵ BERNIGAUD (S.), précité, RDSS, 2007, p. 29.

⁶ *Supra*. § 138.

temps'' »¹. La réactivation de la protection socio-administrative a permis de prévenir une judiciarisation de la prise en charge des enfants appartenant aux catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles. C'est ce qui semble ressortir des conditions de saisine de l'autorité judiciaire et en particulier, du parquet.

2/ Les conditions de l'intervention de l'autorité judiciaire

147. La clarification des conditions de saisine de l'autorité judiciaire. – Avant la loi du 5 mars 2007², le Code de l'action sociale et des familles prévoyait une règle générale de saisine de l'autorité judiciaire « sans délai » quand un mineur était victime de mauvais traitements ou qu'il était présumé être victime de tels faits. Il fallait alors que la situation ne puisse pas être évaluée ou que la famille refuse manifestement l'intervention des services sociaux. La loi a souhaité remédier à ce principe assez vague, car le juge des enfants était fréquemment saisi de situations relevant de la compétence du Conseil général³. Ce recours croissant à l'autorité judiciaire a par ailleurs entraîné un allongement des procédures tendant à protéger le mineur contre ses parents, mais également une méfiance à l'égard des acteurs institutionnels de la protection de l'enfance. L'entrée dans le dispositif a donc été clarifiée. Désormais, la compétence de droit commun appartient au Conseil général. Ce n'est qu'après une évaluation, que les informations individuelles relatives à un enfant et à sa famille, font, si nécessaire, l'objet d'un signalement à l'autorité judiciaire⁴. Le législateur a réaffirmé la subsidiarité de l'intervention judiciaire⁵ en énumérant les situations dans lesquelles la protection judiciaire doit se substituer à la protection socio-administrative. C'est l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles qui détaille les hypothèses où la protection du mineur appartenant à une catégorie classique d'enfant victime de sa famille relève de la protection judiciaire. La loi a ainsi organisé l'intervention indirecte de l'autorité judiciaire après l'action *a priori* du Conseil général (a) même si des cas de saisines directes de l'autorité judiciaire ont été conservés (b).

¹ NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 70.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ En ce sens : BICHWILLER (J.-P.), « La protection de l'enfance dans le cadre départemental : l'articulation entre protections administrative et judiciaire », *in op. cit.*, *Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 83. L'auteur démontre la « *tendance à la judiciarisation des actions de protection* » et présente celle-ci comme une « *problématique autour de la protection administrative* ». L'auteur cite en exemple le département de Meurthe-et-Moselle.

⁴ Art. L. 226-3, al. 3 C. act. soc. et fam.

⁵ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat. 2005-2006*, p. 30 ; LAFORE (R.), « Répartition des compétences entre justice et administration : une subsidiarité affirmée », *in* BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et *al.*, *op. cit.*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 93 et s.

a/ L'intervention indirecte de l'Autorité judiciaire

148. Une nouvelle répartition des rôles fondée sur le principe de subsidiarité. – La protection des mineurs appartenant aux catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles est une mission de service public dévolue à l'Etat et aux Conseils généraux. Cette dualité des intervenants a conduit le législateur à répartir les rôles entre les magistrats et les services des Conseils généraux. Le Parlement a donc énuméré les cas de saisine du procureur de la République pour affirmer la prééminence du rôle du Conseil général (i), mais cette énumération s'avère incomplète (ii).

i/ L'énumération des hypothèses de saisine du procureur de la République

149. Les cas de saisine issus de la loi du 5 mars 2007¹. – L'article L. 226-4, I du Code de l'action sociale et des familles organise le recours « *sans délai* » au procureur de la République dans trois situations, qui supposent, pour chacune, que le mineur soit en danger au sens de l'article 375 du Code civil. La première situation vise l'inefficacité du service de l'ASE pour faire cesser l'état de danger dans lequel se trouve le mineur² lorsque celui-ci fait déjà l'objet d'une mesure de protection³. La deuxième situation est liée à l'absence de prise en charge du mineur par l'ASE. Dans cette hypothèse, l'intervention socio-administrative se heurte soit au refus catégorique des représentants légaux, soit à leur impossibilité de collaborer avec l'ASE⁴. Enfin, la troisième situation tend à permettre la saisine du procureur de la République quand la CRIP ne peut pas procéder à l'évaluation de la situation du mineur, ce dernier étant présumé être en danger au sens de l'article 375 du Code civil⁵. Ces situations se sont néanmoins révélées insuffisantes pour tenir compte des hypothèses où il est nécessaire de recourir sans délai à l'autorité judiciaire, notamment lorsque la famille établit son domicile dans un autre département suite à un déménagement.

¹ L. n° 2007-293 précitée.

² Art. L. 226-4, I, 1° C. act. soc. et fam.

³ Il s'agit des actions mentionnées aux articles L. 222-3, L. 222-4-2 et au 1° de l'article L. 222-5 du Code de l'action sociale et des familles : aide à domicile, accueil de jour, placement socio-administratif.

⁴ Art. L. 226-4, I, 2° et L. 223-2 C. act. soc. et fam.

⁵ Art. L. 226-4, I, 2° C. act. soc. et fam.

150. L'apport de la loi du 5 mars 2012¹. – Il peut arriver qu'une famille bénéficiant d'une assistance socio-administrative déménage dans un autre département sans communiquer sa nouvelle adresse aux services compétents. Dans ce cas, le Conseil général du département d'origine ne peut pas procéder à l'évaluation de la situation familiale ou poursuivre la prise en charge qui avait été précédemment initiée. Dans le même sens, le Conseil général du département d'accueil de la famille ne peut pas poursuivre les interventions qui avaient initialement été mises en œuvre. La circulation des informations entre ces deux collectivités territoriales s'avère impossible puisque la nouvelle adresse de la famille est inconnue. Or, cela peut éventuellement placer l'enfant dans une situation de danger. C'est la raison pour laquelle l'alinéa premier de l'article L. 226-3-2 du Code de l'action sociale et des familles organise la saisine « *sans délai* » du procureur de la République par les présidents des Conseils généraux, mais à condition que l'interruption de la prise en charge de la famille, consécutive au changement d'adresse, place l'enfant dans une situation de danger².

Dans cette situation, le recours à l'autorité judiciaire est subsidiaire et strictement encadré. Le procureur de la République ne sera effectivement averti que si la nouvelle adresse de la famille est inconnue et empêche l'accomplissement de la procédure prévue à l'article L. 221-3 du même Code³. En réalité, cette saisine impérative et immédiate de l'autorité judiciaire remplit toutes les conditions de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles. Le déménagement de la famille à une adresse inconnue rend impossible l'évaluation de la situation. Elle démontre également que la famille refuse la prestation d'aide sociale, mais aussi que la prise en charge du mineur n'est pas envisageable ou ne permet pas de remédier à la situation en raison du changement de domicile. De ce point de vue, il aurait été préférable d'introduire cette modification législative à l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles puisqu'elle concerne principalement la saisine de l'autorité judiciaire et non pas la recherche de la nouvelle adresse de la famille ou la coordination interdépartementale. La cohérence du dispositif aurait été davantage assurée. La clarification des critères de saisine du procureur de la République démontre néanmoins le rôle pivot du Conseil général dans le dispositif de protection de l'enfant victime de sa famille.

¹ L. n° 2012-301 précitée.

² L'article L. 226-3-2 du Code de l'action sociale prévoit que si « *la procédure de transmission d'informations prévue à l'article L. 221-3 est rendue impossible par l'absence d'information sur la nouvelle adresse de la famille et si l'interruption de l'évaluation ou du traitement de l'information préoccupante, de la prestation d'aide sociale à l'enfance ou de la mesure judiciaire de protection de l'enfance met en danger le mineur concerné, le président du Conseil général du département d'origine avise sans délai l'autorité judiciaire de la situation en application de l'article L. 226-4* ».

³ *Supra*. § 142.

151. La réaffirmation du rôle du Conseil général. – Ces différentes dispositions affirment explicitement le principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire, ce d'autant plus que « *le critère d'impossibilité de l'intervention sociale devient le critère spécifique* »¹ de saisine du ministère public. Le président du Conseil général fera alors connaître au procureur de la République les actions déjà menées, le cas échéant, auprès du mineur et de la famille intéressés, tandis que le magistrat du parquet devra informer dans les meilleurs délais le président du Conseil général des suites qui ont été données à sa saisine². Ce dernier possède donc un rôle clé. Il pilote indéniablement le dispositif de protection de l'enfance. Il peut orienter la prise en charge du mineur victime de sa famille. L'article R. 221-2 du Code de l'action sociale et des familles rappelle effectivement qu'il « *intervient auprès de l'autorité judiciaire en signalant soit au procureur de la République, soit au juge des enfants, les cas qui lui paraissent relever des articles 375* » et suivants du Code civil.

Le basculement de la protection socio-administrative vers la protection judiciaire répond à une logique à trois temps : un temps passé, un temps présent et un temps futur³. Le temps passé, qui s'apprécie souplement, correspond à un danger que l'action du Conseil général n'a pas pu résoudre. Cet échec démontre le caractère illusoire d'une nouvelle tentative de protection socio-administrative du mineur. Le temps présent intervient toujours en cas de danger. La saisine du ministère public se justifie par le fait que la famille, au cours de l'élaboration de l'action socio-administrative, s'oppose à celle-ci ou est dans l'impossibilité d'y consentir en raison de troubles psychiques ou de problèmes matériels. Ce refus de la famille peut également s'interpréter comme une volonté de faire échouer les mesures de protection malgré un consentement apparent. Le temps futur n'intervient qu'en cas de présomption de danger. La saisine du parquet s'opèrera à partir de l'établissement d'un pronostic d'échec sur la future réponse socio-administrative, la situation familiale étant impossible à évaluer. La décision qui pourrait être prise serait donc faussée voire inopportune compte tenu de l'absence d'évaluation. En définitive, c'est le constat de l'échec de la protection socio-administrative qui oblige le chef du département à aviser sans délai le procureur de la République et à lui communiquer les actions qui ont déjà été menées auprès de la famille.

¹ LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947.

² Art. L. 226-4, I, 2° *in fine* C. act. soc. et fam.

³ EUDIER (F.), CHAMBONCEL-SALIGUE (P.), précité, *RJPF*, 2007-12/10 ; ONED, *Troisième rapport annuel* précité, Oned Editeur, décembre 2007, p. 26.

ii/ L'énumération incomplète des hypothèses de saisine du procureur de la République

152. Les lacunes du principe de subsidiarité. – Les modalités de saisine indirecte du procureur de la République présentent deux lacunes. D'une part, le service de l'ASE peut être amené à travailler avec une famille qui coopère, nonobstant l'existence d'un danger avéré, voire si des mauvais traitements ou une infraction ont été caractérisés. L'intervention socio-administrative s'inscrit alors dans une situation familiale dégradée pouvant aboutir à des réactions imprévisibles des membres de la famille à l'encontre du mineur¹. Outre le fait que le service de l'ASE peut voir sa responsabilité engagée, la volonté de retarder l'intervention de l'autorité judiciaire est susceptible de faire courir davantage de risque à l'enfant. De même, différer la saisine du procureur de la République pourrait conduire à un préjudice irrémédiable pour le mineur victime de sa famille ainsi qu'à une rupture inévitable du lien familial. D'autre part, l'article L. 226-4, I du Code de l'action sociale et des familles ne fait pas mention d'une transmission obligatoire au ministère public en cas de danger grave et avéré pour le mineur, notamment lorsqu'une infraction commise sur sa personne est caractérisée. Monsieur Jean-Marc LHUILLIER relève ainsi une lacune « *surprenante* » et « *très grave* » compte tenu des enjeux liés à la maltraitance des enfants². Pour cet auteur, il faudrait impérativement saisir le procureur de la République lorsque l'enfant est victime de mauvais traitements ou subit un danger grave et manifeste dans sa famille.

Cette situation avait été envisagée par le législateur lors de l'élaboration de la loi du 5 mars 2007³. Le rapporteur du projet de la loi à l'Assemblée nationale avait ciblé une catégorie classique d'enfant victime de sa famille pour laquelle le juge pénal devait être systématiquement saisi : les enfants en situation de danger « *grave et manifeste* » qui ne peuvent bénéficier des actions de protection socio-administrative. L'Assemblée nationale a adopté un amendement en ce sens⁴. Le Sénat n'a cependant pas suivi cette position arguant qu'il était difficile de différencier les cas de danger « *grave et manifeste* » des cas de danger classiques, au sens de l'article 375 du Code civil. Cette distinction n'a donc pas été reprise dans le projet de loi adopté en seconde lecture par le Sénat⁵. Afin de faciliter l'adoption du texte avant la fin de la législature,

¹ LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947.

² LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947.

³ L. n° 2007-293 précitée.

⁴ *Projet de loi réformant la protection de l'enfance*, modifié en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, texte n° 647, *Doc. AN, XII^{ème} législature*, art. 5.

⁵ *Projet de loi réformant la protection de l'enfance*, adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture le 12 février 2007, texte n° 68, *Doc. Sénat, 2006-2007*, art. 5.

l'Assemblée nationale s'est pliée aux souhaits de la Chambre haute du Parlement¹. Une saisine automatique du parquet pourrait toutefois être envisagée sur le fondement de l'obligation de révélation des situations d'enfant victime de sa famille, étant donné que la mise en œuvre des poursuites pénales n'exclut pas une protection socio-administrative du mineur².

153. Le recours à l'obligation de révéler les situations d'enfants victimes d'une infraction pénale. – Pour remédier à certaines lacunes du principe de subsidiarité, Monsieur Jean-Marc LHUILLIER propose de se référer aux articles 434-1 et 434-3 du Code pénal, impliquant une obligation de « dire », et à l'article 223-6 du même Code, créant une obligation d'« agir »³. Selon cet auteur, le recours aux règles du Code pénal permettrait de pallier les difficultés relatives à la saisine du procureur de la République lorsque des infractions ont été commises à l'encontre du mineur. Ces règles paraissent cependant insuffisantes pour permettre une saisine immédiate du ministère public lorsque le président du Conseil général a connaissance d'un danger grave et avéré pour le mineur ou qu'une infraction a été commise sur sa personne.

La sensibilité aux violences domestiques est actuellement si importante que le législateur cherche à effacer l'indifférence entourant les actes ou les abstentions qui tendent à sacrifier l'intérêt de l'enfant victime de sa famille⁴. L'objectif du législateur consiste à faciliter la dénonciation d'une maltraitance cachée qui favorise un renouvellement des faits et l'impunité des auteurs⁵. Afin d'atteindre ce résultat, le défaut de révélation des infractions commises contre des mineurs a été sanctionné. La loi a imposé une obligation de « dire » sanctionnée par les articles 434-1 du Code pénal, réprimant la non-dénonciation de crime, et 434-3 du même Code, relatif à la non-dénonciation de maltraitements sur un mineur de quinze ans ou sur une personne vulnérable⁶. L'efficacité de ces dispositions a toutefois été remise en cause par les règles relatives au secret professionnel, même si elles doivent se combiner avec l'article 226-14 du Code pénal. Ce texte prévoit que le secret professionnel, garanti par l'article 226-13 de ce Code, ne s'applique pas lorsque la loi impose ou autorise la révélation du secret ou à celui qui « *informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il*

¹ *Projet de loi réformant la protection de l'enfance*, adopté sans modifications en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale le 22 février 2007, texte n° 700, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, art. 12.

² ONED, *Troisième rapport annuel* précité, Oned Editeur, Décembre 2007, p. 32.

³ LHUILLIER (J.-M.), précité, *RDSS*, 2010, p. 947.

⁴ En ce sens : LARGUIER (J.), « Rigueur pénale et protection de l'enfance (A propos de la loi du 13 avril 1954 relative à la répression des crimes et délits commis contre les enfants) », *D.*, 1955, chron., p. 43.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 153.

⁶ Ces dispositions ont participé à la judiciarisation des interventions publiques dans la famille. La crainte des poursuites pénales en cas d'inaction a provoqué un accroissement des signalements auprès de l'autorité judiciaire (GUERY (C.), « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *D.*, 2001, p. 3293 ; voir également : LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 78).

s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ». Ces différents textes consacrent en réalité une option de conscience au profit du professionnel. Apparaît ainsi « *en pleine lumière le conflit entre parole et silence, conflit entre devoir de se taire et droit ou devoir de parler* »¹. En effet, si l'existence d'une option de conscience au profit du professionnel a parfois été niée par la jurisprudence², elle a été expressément reconnue par la Cour de cassation³ et le législateur⁴. Le professionnel jouit d'une liberté de choix, ce qui explique qu'il ne puisse faire l'objet d'aucune sanction⁵. Le Code de déontologie médicale a également concrétisé, à l'article R. 4127-44 du Code de la santé publique⁶, l'existence de cette liberté de choix au profit du médecin⁷. L'intérêt supérieur de l'enfant victime de sa famille pourrait cependant imposer une révélation des faits et une saisine immédiate du procureur de la République au détriment du secret professionnel⁸.

De l'analyse de ces éléments, il est néanmoins permis de penser que le président du Conseil général n'est pas immédiatement tenu de révéler les faits en saisissant le procureur de la République, sur le fondement des articles 434-1 et 434-3 du Code pénal combinés à l'article 226-14 du même Code, si les conditions de l'article L. 226-4, I du Code de l'action sociale et des familles ne sont pas remplies. Ce sera notamment le cas lorsque la famille accepte la mesure de

¹ DELMAS-MARTY (M.), « A propos du secret professionnel », *D.*, 1982, chron., p. 267.

² CA Agen, 1^{er} mars 1991, *D.*, 1992, somm., p. 70, note PROTHAIS (A.).

³ Cass. crim., 14 février 1978, *Bull. crim.*, n° 56 – Cass. crim., 6 octobre 1999, n° 97-85.118. Voir également : CA Aix-en-Provence, 20 juin 2005, *Juridata* n° 2005-282067 – Cass. crim., 27 avril 2011, n° 10-82.200. Il existe toutefois des décisions en sens contraire : Cass. crim., 22 octobre 2002, *Bull. crim.*, n° 189 – CA Pau, 6 juin 2006, RG n° 05/00202.

⁴ Circ. CRIM n° 93-9 F1, 14 mai 1993, Commentaire des dispositions du nouveau Code pénal et de la loi relative à son entrée en vigueur, NOR : JUSD9330017, § 332.

⁵ Soit le professionnel garde le silence et ne révèle pas les faits de maltraitance, car il obéit à l'article 226-13 du Code pénal réprimant la violation du secret professionnel. Il bénéficie alors d'un « *droit subjectif de se taire* » (NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 154). Soit il parle et révèle les mêmes faits, puisqu'il obéit également à la loi, plus précisément aux articles 434-1, 434-3 et 226-14 du Code pénal, qui l'autorisent à parler. Par conséquent, « *se taire est licite, parler est licite : il peut choisir en conscience* » (PY (B.), « Secret professionnel », *Rép. pén. Dalloz*, 2003, § 156 ; PY (B.), « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ pén.*, 2004, p. 133). La responsabilité du professionnel ne pourra donc pas être engagée grâce à cette permission explicite de la loi résultant de l'article 226-14 du Code pénal (en ce sens : PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 315 ; CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 356).

⁶ Le texte énonce que si « *un médecin discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé est victime de sévices ou de privations, il doit mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection. Lorsqu'il s'agit d'un mineur ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, il alerte les autorités judiciaires ou administratives, sauf circonstances particulières qu'il apprécie en conscience* ».

⁷ PY (B.), « Le secret professionnel et le signalement de la maltraitance sexuelle. L'option de conscience : un choix éthique », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 71.

⁸ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 156 ; ROCA (C.), « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », *Petites Affiches*, 6 avril 2001, n° 69, p. 10 ; ROCA (C.), « La non-dénonciation des atteintes sexuelles sur mineur et le secret professionnel », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 553 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Critère des intérêts et secret professionnel », *Gaz. pal.*, 2005, I, p. 260.

protection socio-administrative proposée. Le président du Conseil général bénéficierait également d'une option de conscience, sauf à ce qu'il agisse en vertu d'un mandat du juge des enfants¹.

La loi ne peut toutefois pas dispenser les professionnels de toute intervention. Si elle ne punit pas leur silence, elle condamne leur inertie avec l'article 223-6 du Code pénal². Cette disposition, relative à l'omission d'empêcher une infraction ou l'omission de porter assistance à personne en péril, ne connaît pas d'exception fondée sur le secret professionnel, l'obligation d'« agir » étant absolue quant aux personnes³. A cet égard, le professionnel pourrait se voir condamner s'il ne révèle pas les infractions commises contre un mineur victime de sa famille⁴. Dans cette hypothèse, il manque effectivement à son obligation d'« agir » car il ne fait rien pour sauvegarder l'intégrité du mineur. Or, si dans la même situation, il prend des mesures positives et efficaces pour assurer la protection du mineur, il ne pourra pas être poursuivi sur le fondement de l'article 223-6, quand bien même il n'a pas dénoncé les faits. Le professionnel a accompli son obligation d'« agir »⁵. C'est également la solution retenue par la Cour de cassation pour

¹ L'application de la théorie du mandat a permis de compenser, dans une certaine mesure, les incidences du secret professionnel sur l'efficacité de l'obligation de dire. Lorsque le professionnel intervient dans le cadre d'une mission confiée par un magistrat, il est en quelque sorte le mandataire du magistrat qui le charge d'accomplir une mission spécifique à l'égard du mineur (RAYMOND (G.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 524). Par conséquent, il agit au nom et pour le compte de cette autorité. Il est donc tenu de lui révéler les faits qu'il aurait appris ou dont il aurait eu connaissance au cours de sa mission. En qualité de mandataire, il ne saurait invoquer le secret professionnel pour refuser de révéler les informations qu'il a pu recueillir. Sa mission lève le secret professionnel à l'égard du seul mandant (ALT-MAES (F.), « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *RSC*, 1998, p. 301). La Cour de cassation a consacré cette théorie (Cass. crim., 24 janvier 1995, *Bull. crim.*, n° 32 ; *D.*, jurispr., 1996, p. 384, note DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et WAXIN (A.) – Cass. crim., 8 octobre 1997, *Bull. crim.*, n° 329 ; *D.*, 1998, somm., p. 305, note DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) ; *RSC*, 1998, p. 320, obs. MAYAUD (Y.) ; voir également : CA Paris, 18 mars 2002, Jurisdata n° 2002-174909). Les articles L. 221-6, alinéa deuxième et L. 226-2-1 du Code de l'action sociale et des familles consacrent l'application de cette théorie au profit du président du Conseil général. D'une part, toute personne participant aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance est tenue de transmettre sans délai au président du Conseil général toute information nécessaire pour déterminer les mesures dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier, et notamment toute information sur les situations de mineurs en danger. D'autre part, les personnes qui mettent en œuvre la politique de protection de l'enfance définie à l'article L. 112-3 du Code de l'action sociale et des familles, ainsi que celles qui lui apportent leur concours transmettent sans délai au président du Conseil général ou au responsable désigné par lui, conformément à l'article L. 226-3 du même Code, toute information préoccupante sur un mineur en danger ou risquant de l'être.

² En ce sens : PY (B.), précité, *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 71.

³ PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010, § 157. Egalement en ce sens : ROCA (C.), précité, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 553 ; PELTIER (V.), « Révélation d'une information à caractère secret – Justification de la révélation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 226-13 et 226-14, fasc. 30, 2005, § 69, 70, 75 et 77.

⁴ La Cour de cassation a confirmé la condamnation d'un médecin gériatre, sur le fondement de l'article 223-6, alinéa premier du Code pénal, qui s'est abstenu de dénoncer des actes de maltraitance physique et psychologique subis par des patients âgés et dépendants et commis par des membres du personnel soignant (Cass. crim., 23 octobre 2013, n° 12-80.793 ; *RGDM*, 2013, n° 50, p. 241, obs. ARCHER (F.), sur renvoi après cassation de : Cass. crim., 27 avril 2011, n° 10-82.200). Dans cette espèce, la cour d'appel de renvoi a requalifié les faits de non-dénonciation de mauvais traitements, de privations ou d'atteintes sexuelles infligés à une personne vulnérable (art. 434-3 C. pén.) en abstention volontaire d'empêcher, par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour des tiers, un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle de la personne (art. 223-6, al. 1er C. pén.).

⁵ NEIRINCK (C.), « Le dispositif légal de protection de l'enfant maltraité : réflexions autour de la loi du 10 juillet 1989 », *Petites affiches*, 7 mars 1997, n° 29, p. 9. Dans le même sens : Circ. CRIM n° 93-9 F1, précitée, NOR : JUSD9330017, § 332.

l'application de l'alinéa second de l'article 223-6 du Code pénal¹, qui impose une action sauf à ce qu'elle présente un risque pour l'agent ou les tiers². De ce fait, le président du Conseil général ne serait pas tenu de saisir immédiatement le procureur de la République dès lors qu'il provoque les mesures nécessaires pour que cesse la commission ou la réitération de l'infraction³ ou qu'il porte secours au mineur pour conjurer l'existence du péril. En d'autres termes, il doit agir dans le but de protéger l'enfant victime de sa famille. Par conséquent, si l'action socio-administrative est suffisante pour mettre fin au péril ou à l'infraction, la saisine du ministère public n'apparaît pas pertinente⁴. *A contrario*, si le mineur a déjà fait l'objet d'une ou de plusieurs mesures de protection qui n'ont pas permis de faire cesser le péril, le procureur de la République devra être impérativement saisi⁵. Ce sera également le cas si la famille refuse toute mesure pour mettre fin à l'existence du péril⁶.

Dans ces hypothèses, la saisine du parquet intervient dans les conditions énumérées par la loi du 5 mars 2007⁷. De ce point de vue, la saisine du procureur de la République constitue véritablement « *l'ultima ratio, lorsqu'il n'existe pas de meilleur moyen de porter assistance* »⁸ au mineur. Il n'en demeure pas moins que si le seul procédé efficace de protection de l'enfant victime de sa famille consiste à transgresser le secret professionnel, l'obligation d'« agir » devra primer toute autre considération et imposer la révélation⁹. Cela signifierait que le président du Conseil général doit procéder à la saisine du ministère public si l'intervention judiciaire est le seul moyen réellement efficace de protection du mineur.

154. La modification envisageable de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles. – Le recours aux articles 434-1, 434-3 et 223-6 du Code pénal ne semble pas

¹ Cass. crim., 8 octobre 1997, *Bull. crim.*, n° 329 ; *D.*, 1998, somm., p. 305, note DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) ; *RSC.*, 1998, p. 320, obs. MAYAUD (Y.) (les prévenus, professionnels de la santé ou de l'assistance à l'enfance, informés de la situation d'un mineur, atteint de mucoviscidose et victime d'actes de sodomie perpétrés sur sa personne, n'ont pas pris en charge immédiatement l'enfant, se contentant d'une mesure d'éloignement de l'auteur des faits) – Cass. crim., 22 septembre 1999, n° 99-84.387 (un médecin de la PMI est condamné car les doutes qu'il a ressentis auraient dû l'amener à retirer l'enfant de son milieu familial et à ordonner son hospitalisation, il lui appartenait de prendre toutes les mesures utiles pour faire procéder aux radiographies du mineur).

² Il s'agit d'un élément constitutif de l'infraction (Cass. crim., 20 février 2013, n° 11-86.824).

³ Cass. crim., 31 mars 1992, n° 92-80.186 (l'épouse s'est abstenue d'intervenir efficacement pour empêcher le renouvellement par son mari de relations sexuelles sur leur fille adoptive, elle s'est même absentée pour lui laisser le champ libre). Voir également : CA Paris, 18 avril 2008, *Juridata* n° 2008-371622.

⁴ L'article R. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles rappelle que « *dans chaque département, le président du conseil général est chargé d'exercer une action sociale préventive auprès des familles dont les conditions d'existences risquent de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de leurs enfants* ».

⁵ Art. L. 226-4, I, 1° C. act. soc. et fam.

⁶ Art. L. 226-4, I, 2° C. act. soc. et fam.

⁷ L. n° 2007-293 précitée.

⁸ PY (B.), précité, *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 71.

⁹ ROCA (C.), précité, *Petites Affiches*, 6 avril 2001, n° 69, p. 10. Également : PY (B.), précité, *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 71.

pertinent pour imposer la saisine obligatoire du procureur de la République lorsque le mineur est dans une situation de danger grave et avéré, voire si une infraction a été commise contre sa personne. C'est la raison pour laquelle une modification de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles paraît envisageable, en particulier si l'évaluation des informations préoccupantes par la CRIP démontre qu'une ou plusieurs infractions ont potentiellement été commises contre l'enfant.

Une transmission sans délai au ministère public pourrait être organisée, afin que des poursuites soient notamment engagées à l'encontre des parents en application de l'article 40-1 du Code de procédure pénale. Cette saisine du parquet, fondée sur une présomption d'infraction, ne serait qu'une déclinaison spéciale de l'alinéa second de l'article 40 du Code de procédure pénale. Ce changement permettrait une harmonisation législative avec le II de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles, qui permet la saisine directe du parquet par les personnes concourant à la protection de l'enfance en raison de la gravité de la situation. En effet, cette expression renvoie principalement aux faits susceptibles d'une qualification pénale¹. De plus, cette modification serait cohérente avec les obligations de « dire » définies aux articles 434-1 et 434-3 du Code pénal. Elle permettrait enfin au ministère public, titulaire de l'action publique, d'exercer ses prérogatives et de conserver la primauté de sa compétence sur le plan pénal. Le procureur de la République devra alors s'assurer que cette saisine remplit les conditions de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles². Autrement dit, il devra vérifier que les faits qui ont été portés à sa connaissance par le président du Conseil général constituent une infraction commise par les parents. En outre, même s'il considère que les faits rapportés revêtent une qualification pénale, susceptibles d'être poursuivis, il peut estimer qu'aucune mesure d'assistance éducative n'a vocation à intervenir, l'insuffisance des effets d'une intervention socio-administrative n'étant pas avérée³. La saisine systématique du procureur de la République ne ferait donc pas obstacle à la continuité de l'intervention socio-administrative auprès de l'enfant, sauf en cas d'impossibilité absolue⁴. Cela est d'autant plus vrai que la circulaire du 6 mai 2010 envisage la saisine directe du parquet en raison de la gravité de la situation « *quelle que soit la mesure de protection envisagée* », ce qui inclut nécessairement l'action socio-administrative⁵. Par exemple, le fait pour une mère de laisser ses deux enfants âgés de treize et quatorze ans seuls à la

¹ *Infra.* § 155.

² Art. 375, al. 1^{er} C. civ. ; *infra.* § 156.

³ La combinaison des articles L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles et 375 du Code civil confirmerait la primauté accordée à l'intervention socio-administrative, tout en permettant au procureur de la République d'exercer l'action publique contre les représentants légaux du mineur.

⁴ Par exemple : gravité des infractions commises ou de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique du mineur.

⁵ Circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 6.

maison sans eau, ni gaz, ni électricité¹ semble *a priori* moins grave que si l'enfant est victime de violences volontaires ou d'atteintes à son intégrité sexuelle, surtout que dans cette espèce, la mère remplissait le frigo et les voisins assistaient les enfants. Une mesure socio-administrative aurait pu aider la mère à exercer ses prérogatives dans un contexte familial difficile, tandis que les poursuites pénales auraient rappelé de manière solennelle les responsabilités lui incombant. L'intervention socio-administrative et l'action judiciaire s'inscriraient alors dans une démarche complémentaire, ce qui correspondrait au principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire.

Ainsi, un 3° serait ajouté au I de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles. La disposition serait formulée en ce sens : « I. - *Le président du conseil général avise sans délai le procureur de la République lorsqu'un mineur est en danger au sens de l'article 375 du code civil et :* » [...] « 3° Que, l'évaluation de la situation du mineur fait ressortir que les faits commis à son encontre sont susceptibles de revêtir une ou plusieurs qualifications pénales ». A côté de l'enfant en danger, ayant déjà fait l'objet d'une ou de plusieurs actions de nature socio-administrative n'ayant pas permis de remédier à la situation ou n'ayant pas fait l'objet de telles mesures du fait du refus de la famille ou de l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de collaborer², il y aurait celui dont l'évaluation de la situation présume l'existence d'une infraction pénale commise à son encontre³.

b/ L'intervention directe de l'autorité judiciaire

155. La saisine immédiate du procureur de la République. – La loi du 5 mars 2007⁴ n'a pas restreint la possibilité d'aviser directement le procureur de la République, la saisine directe de celui-ci étant toujours possible en application de l'article L. 226-4, II du Code de l'action sociale et des familles⁵. En effet, si le président du Conseil général est le destinataire prioritaire des informations préoccupantes, « *la gravité de la situation* »⁶ permet aux services publics, ainsi qu'aux établissements publics et privés susceptibles de connaître des situations de mineurs en danger ou qui risquent de l'être d'interpeller directement les services du procureur de la République. Dans ce cas, une copie de la transmission de l'information préoccupante sera adressée au président du Conseil général, afin de garantir la prééminence de l'intervention socio-

¹ CA Douai, 15 février 2006, Jurisdata n° 2006-301590.

² Art. L. 226-4, I, 1° et 2° C. act. soc. et fam.

³ Art. L. 226-4, I, 3° C. act. soc. et fam. proposé.

⁴ L. n° 2007-293 précitée.

⁵ En outre, le législateur permet au juge aux affaires familiales, qui délivre une ordonnance de protection en raison de violences susceptibles de mettre en danger un ou plusieurs enfants, d'informer sans délai le procureur de la République (art. 515-11, al. 3 C. civ.). Celui-ci pourra alors saisir le juge des enfants (*infra*. § 595).

⁶ Art. L. 226-4, II C. act. soc. et fam.

administrative. Le législateur n'a cependant apporté aucune précision quant à la « *gravité de la situation* » justifiant l'information immédiate du parquet.

Pour caractériser cet état, il est parfois fait référence à l'extrême gravité de la situation ou à un « *danger grave tel qu'il nécessite, sans délai, une protection judiciaire de l'enfant* »¹. La circulaire du 6 mai 2010 envisage la saisine directe du ministère public « *en cas de particulière gravité de la situation* » ou de « *gravité exceptionnelle de la situation* »². En réalité, la gravité de la situation peut être déterminée par « *l'urgence, la nécessité d'une protection judiciaire immédiate* » en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou morale du mineur, ou par « *l'éventualité que les faits constituent une infraction pénale* »³. Il convient toutefois d'exclure l'urgence. Elle ne constitue pas un motif légitime de saisine du parquet, ce d'autant plus que les compétences de l'ASE ont été accrues sur ce point, avec l'article L. 223-2 du Code de l'action sociale et des familles. Confirmant les travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007⁴, le Ministère de la Justice a rappelé que c'est le critère de la gravité et non celui de l'urgence qui doit orienter l'intervention publique vers une action judiciaire. Le président du Conseil général conserve sa compétence de principe pour apporter une réponse immédiate aux situations qui relèvent du champ de la protection socio-administrative⁵. Par exemple, l'exigence de gravité pourra être caractérisée lorsqu'un mineur est hospitalisé et que les parents refusent des soins, entraînant un danger imminent pour le mineur. Le procureur de la République sera alors directement averti. Le critère de sa saisine repose alors sur l'adhésion des parents ou non aux mesures thérapeutiques proposées⁶. Pareillement, les situations de violences avérées doivent être instantanément transmises au procureur de la République, car il faut veiller à la protection immédiate du mineur pour qu'il ne fasse pas l'objet de pressions familiales ou extrafamiliales. Ce devrait être également le cas pour toutes les situations où des violences sexuelles avérées, voire présumées, ont été commises sur le mineur. Autrement dit, tous les faits susceptibles de revêtir une qualification pénale devraient être directement transmis au procureur de la République. En outre, si le procureur de la République a été informé de la situation d'un mineur en danger par une autre

¹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation, Doc. fr.*, février 2008, p. 27.

² Circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 6 et 12.

³ ONED, *Cinquième rapport annuel* précité, Oned Editeur, avril 2010, p. 24-25.

⁴ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 30.

⁵ Circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 6.

⁶ Des soins indispensables seront délivrés, mais la saisine du ministère public sera utile afin de provoquer des mesures d'assistance éducative et d'obtenir l'autorisation de prodiguer les soins nécessaires au mineur, lorsque sa santé ou son intégrité corporelle risquent d'être compromises par le refus du représentant légal ou l'impossibilité à recueillir son consentement (art. R. 1112-35, *in fine* C. santé pub.). L'intervention judiciaire peut toutefois s'avérer délicate si le refus de soins des parents est motivé par des considérations religieuses.

personne¹, il doit transmettre au président du Conseil général les informations qui sont nécessaires à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance confiée à ce dernier². Cette deuxième hypothèse de saisine directe du parquet n'est pas subordonnée à la gravité de la situation, mais dans tous les cas, le procureur de la République devra s'assurer de la régularité de sa saisine.

156. La régularité de la saisine du procureur de la République. – L'alinéa premier de l'article 375 du Code civil impose au procureur de la République de s'assurer que « *la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles* »³. Cette disposition signifie que le magistrat du parquet pourra décliner la compétence de l'autorité judiciaire lorsqu'il estime que l'intervention socio-administrative est suffisante. Dans ce cadre, la circulaire du 6 mai 2010 a précisé que la « *particulière gravité s'apprécie notamment au regard de l'évidence de l'insuffisance des effets d'une mesure en protection sociale ou administrative* »⁴. L'appréciation de la recevabilité de la saisine de l'autorité judiciaire ne consiste pas à vérifier l'action des Conseils généraux, même si cela revient à conférer au procureur de la République une sorte de pouvoir de contrôle de l'efficacité de l'intervention socio-administrative⁵. Cette obligation consiste pour le procureur de la République à s'interroger sur « *la légitimité de la saisine judiciaire* »⁶ compte tenu de la primauté donnée à l'action socio-administrative⁷. C'est un filtre positif au regard du principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire, que rappelle la circulaire d'orientation du 6 mai 2010⁸. A l'inverse, le juge des enfants n'a pas à vérifier l'échec ou l'insuffisance de l'intervention socio-administrative pour légitimer son action. Selon l'article 375, alinéa premier du Code civil, le magistrat de l'assistance éducative peut également être saisi directement, « *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* ». Ce juge peut aussi se saisir d'office à titre

¹ Il s'agit de toute personne extérieure au dispositif de protection de l'enfance.

² Il informe alors cette personne des suites réservées à son signalement, dans les conditions prévues aux articles 40-1 et 40-2 du Code de procédure pénale.

³ Il convient de noter que cette obligation s'applique que l'autorité judiciaire ait été saisie directement ou non.

⁴ Circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 6.

⁵ En ce sens: ROSENCZVEIG (J.-P.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 57.

⁶ Circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 2.

⁷ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide* précité, *La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation*, *Doc. fr.*, février 2008, p. 27.

⁸ Circ. d'orientation du 6 mai 2010 précitée, NOR : JUSF1015443C, p. 6. Il est effectivement précisé que pour « *respecter la compétence de principe donnée par le législateur aux services du département en matière de protection de l'enfance, les parquets devront apprécier si le critère de particulière gravité est suffisamment caractérisé et, à défaut, renvoyer la situation au président du conseil général pour compétence* ».

exceptionnel¹. A cet égard, certaines situations ne seront pas portées à la connaissance du président du Conseil général. Celui-ci ne pourra dès lors pas exercer sa mission de pilotage du dispositif de protection.

§ 2/ Une assistance subordonnée à l'accord des parents

157. L'action consensuelle du Conseil général. – La bipartition des compétences fournit « *une réponse adaptée à la recherche d'un équilibre entre la liberté des familles, le respect de la vie privée d'une part et le souci de la protection des mineurs d'autre part* »². Devenu l'acteur de premier plan, le Conseil général devra respecter les droits des familles afin de légitimer son intervention. Ce dernier ne peut pas porter atteinte aux droits de l'autorité parentale, à la différence du juge des enfants. L'objectif premier de l'assistance socio-administrative est véritablement d'aider les parents et non de les disqualifier³. Par conséquent, les mesures de protection socio-administrative ne peuvent être mises en œuvre qu'avec l'accord préalable des titulaires de l'autorité parentale même si le mineur est en danger au sens de l'article 375 du Code civil. Cet accord impératif est requis au nom de l'autorité parentale, ce qui permet de favoriser l'implication des parents dans le processus de protection de l'enfant⁴. Cela suppose que les acteurs du dispositif ne se contentent pas d'un recueil superficiel de l'adhésion ou du refus des représentants légaux. La recherche du consentement parental doit être effectif (A) tout comme le respect de l'autorité parentale (B).

A/ La recherche du consentement familial à l'assistance socio-administrative

158. Transparence et contractualisation de l'intervention socio-administrative. – La procédure d'assistance socio-administrative de la famille doit ménager aux parents un rôle

¹ Ces situations seront néanmoins rares en pratique car la majorité des dossiers que ce magistrat traite lui sont transmis par le parquet. En 2010, le juge des enfants a été saisi de 67347 dossiers par le parquet. Comparativement, il s'est saisi d'office dans 4757 situations et la famille, le mineur ou le gardien l'ont saisi 8971 fois (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique de la Justice*, Edition 2011-2012, *Doc. fr.*, 2012, p. 241). Pour la MJAGBF, le magistrat peut être saisi directement par les représentants légaux du mineur, l'allocataire ou l'attributaire des prestations familiales, le procureur de la République, le maire de la commune de résidence de l'allocataire ou de l'attributaire des prestations familiales ou du mineur, conjointement avec l'organisme débiteur des prestations familiales. Il peut aussi se saisir d'office à titre exceptionnel (art. 1200-3, al. 1^{er} C. pr. civ.).

² CONSEIL D'ÉTAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 37.

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), « L'enfant, être vulnérable », *RDSS*, 2007, p. 5.

⁴ ONED, *Neuvième rapport annuel* précité, Oned Editeur, Mai 2014, p. 17 et 18.

suffisamment important afin de garantir la protection nécessaire de leurs droits¹. L'objectif du législateur a consisté à mettre en place des règles procédurales afin de rendre les prises en charge du mineur victime de sa famille plus transparentes. Cette exigence est d'autant plus importante si les parents ne sont pas à l'initiative de la procédure et qu'il existe une information préoccupante en cours d'évaluation par la CRIP (1). Ce mouvement de contractualisation² de l'assistance socio-administrative n'aboutit toutefois pas à la rédaction formelle d'un contrat entre les parents et le président du Conseil général. Il s'agit plutôt d'une logique consistant à accroître le rôle et l'information des père et mère dans le processus d'attribution de la prestation d'ASE (2). Ce phénomène de contractualisation du droit de l'aide et de l'action sociale fut perceptible avec le contrat de responsabilité parentale (CRP). Cet outil était censé répondre à une « *volonté de rompre avec la passivité attachée à la vieille notion d'assistance en redonnant un rôle actif au bénéficiaire des allocations et au souci d'atténuer l'effet barème des prestations en humanisant l'approche sociale et en l'adaptant à la personne* »³. Il n'avait néanmoins de contrat que le nom⁴ et contrevenait à la conception traditionnelle de l'ASE en France, ce d'autant plus qu'il ne comprenait aucune mesure spécifique et n'apportait pas de plus-value dans la prise en charge des mineurs⁵. Ces éléments ont ainsi justifié l'abrogation, par la loi du 31 janvier 2013⁶, des dispositions organisant le CRP (3).

1/ L'information des parents et la transmission des informations préoccupantes

159. Le recueil d'une information préoccupante. – Les parents peuvent être à l'origine de la mise en œuvre de l'intervention socio-administrative de la famille s'ils vont requérir eux-mêmes une assistance auprès des services de l'ASE. Cependant, dans la majorité des cas, le processus de protection du mineur victime de sa famille résulte du recueil d'une information préoccupante par le président du Conseil général. Le législateur a ainsi prévu, à l'article L. 226-2-

¹ Cour EDH, 8 juillet 1987, *W. c/ Royaume-Uni*, req. n° 9749/82, § 64 – Cour EDH, 8 juillet 1987, *B. c/ Royaume-Uni*, req. n° 9840/82, § 65 – Cour EDH, 24 février 1995, *Mc Michael c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 307-B, § 91.

² A propos des supports formels de la contractualisation : ONED, *Neuvième rapport annuel* précité, Oned Editeur, Mai 2014, p. 28.

³ BATTEUR (A.), « La carence de l'autorité parentale », *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089.

⁴ LAMBERT (S.), « Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'Etat prend le relais de l'autorité parentale », *Dr. famille*, 2007, étude n° 25.

⁵ ASSOULINE (D.), *Rapport n° 56 fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi de Mme Françoise CARTRON et plusieurs de ses collègues visant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire*, Doc. Sénat, 2012-2013, p. 20 ; DOUCET (S.), *Rapport n° 549 fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire*, Doc. AN, XIV^{ème} législature, p. 26.

⁶ L. n° 2013-108 du 31 janvier 2013 tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire, *JO*, 1^{er} février 2013, p. 1961.

l du Code de l'action sociale et des familles, que le père, la mère ou toute autre personne exerçant l'autorité parentale doivent être informés de la transmission de cette information préoccupante selon des modalités adaptées¹. De cette manière, le législateur entend éviter tout risque d'incompréhension afin de permettre l'établissement d'une relation de confiance nécessaire à tout travail social².

Ce principe n'est cependant pas absolu. L'intérêt contraire de l'enfant peut faire obstacle à l'information préalable des parents selon l'article L. 226-2-1, en particulier s'il existe des risques graves pour l'intégrité physique ou psychique du mineur. Certaines situations exceptionnelles, notamment celles où l'intervention des parents dans le processus décisionnel nuirait à l'évaluation des faits ou encore le risque de représailles sur le mineur, peuvent justifier l'absence d'information préalable des père et mère. Cela est d'autant plus vrai qu'avertir les parents pourrait faire courir un danger encore plus grand pour l'enfant³. Il n'en demeure pas moins que cette obligation répond à l'exigence du contradictoire, du respect de la vie privée et familiale ainsi que de l'autorité parentale. Elle garantit la transparence de l'assistance socio-administrative de la famille, ce qui est également le cas quand le président du Conseil général saisit le procureur de la République. Il doit effectivement informer les parents par écrit⁴. Des obligations similaires existent lorsque le président du Conseil général organise le suivi d'une famille qui a déménagé dans un autre département.

160. La transmission d'informations entre départements. – Le changement de domicile d'une famille, dans un autre département, autorise le président du Conseil général du département d'origine à transmettre au président du Conseil général du département d'accueil des informations relatives à cette famille⁵. Cette communication doit respecter certaines formalités à moins que l'intérêt contraire de l'enfant y fasse obstacle⁶, notamment si la réalisation de ces

¹ Quand les représentants légaux du mineur sont informés de l'existence d'une information préoccupante, ils sont également informés de son informatisation (art. R. 221-10 C. act. soc. et fam.). En outre, les données ne peuvent être conservées que pour une durée maximale de deux ans à compter de la fin de la dernière opération enregistrée ou de la dernière mesure sociale décidée. Il existe toutefois une exception lorsque les mineurs ont bénéficié d'une AEMO ou fait l'objet d'un placement. Dans le premier cas, la durée de conservation des informations est de deux ans. Dans la seconde hypothèse, elle est de cinq ans. Enfin, les données ne peuvent plus être transmises lorsque l'enfant est devenu majeur sauf s'il bénéficie d'une mesure d'action éducative (art. R. 221-9 C. act. soc. et fam.). Ces éléments contribuent de manière significative au droit au respect de la vie privée et familiale car ils garantissent la confidentialité des données. Cela est d'autant plus vrai que seuls les agents désignés individuellement et habilités par le président du Conseil général y ont accès (art. R. 221-8 C. act. soc. et fam.).

² NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 142 et s.

³ Un parallèle peut être fait avec la procédure du partage d'information (*supra*, § 140) où seul l'intérêt supérieur de l'enfant peut faire obstacle à l'information préalable des parents avant le partage.

⁴ Art. L. 226-5, al. 3 C. act. soc. et fam.

⁵ Art. L. 221-3 C. act. soc. et fam.

⁶ Art. R. 221-5 C. act. soc. et fam.

opérations fait courir un danger à l'enfant ou est susceptible d'aggraver la situation. Ainsi, lorsqu'un mineur est concerné par une information préoccupante, en cours de traitement ou d'évaluation, le président du Conseil général du département d'origine doit informer les parents de la procédure de transmission d'information qu'il engage avec le président du Conseil général du département d'accueil. Il doit également leur préciser les implications de cette transmission sur le traitement ou l'évaluation en cours¹. Si l'enfant bénéficie déjà d'une prestation d'ASE, la procédure de transmission d'information à destination du président du Conseil général du département d'accueil ne peut être engagée que si le président du Conseil général du département d'origine a informé les parents de cette procédure et a recueilli leur accord par écrit². En l'absence de l'accord des parents, il devra déterminer si l'interruption de la prestation d'ASE auprès du mineur le met en danger ou en risque de danger³. Deux possibilités s'offrent ainsi au président du Conseil général du département d'origine. Soit il estime que l'enfant est en danger en raison de l'arrêt de la prestation d'ASE. Il lui revient alors, après en avoir informé les parents, de saisir le procureur de la République en application de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles et de transmettre au président du Conseil général du département d'accueil les éléments relatifs au mineur et à sa famille⁴. Soit il considère que le mineur est en risque de danger compte tenu de la cessation de la mesure. Dans ce cas, il transmet, toujours après avoir informé les parents, cette information préoccupante au président du Conseil général du département d'accueil⁵. Une solution similaire a été adoptée par le législateur quand le mineur est concerné par une mesure d'assistance éducative⁶.

2/ La participation de la famille au processus décisionnel

161. L'information des parents et de l'enfant. – La transparence de l'assistance socio-administrative ne se limite pas à la transmission des informations préoccupantes. Elle se poursuit lors de la prise en charge concrète du mineur. En effet, il est nécessaire que la volonté parentale soit « *authentique et authentifiée. Il faut pour cela de l'information et un écrit* »⁷. L'article

¹ Art. R. 221-5-1 C. act. soc. et fam.

² Art. 221-5-2, I C. act. soc. et fam.

³ Art. 221-5-2, II C. act. soc. et fam.

⁴ Art. 221-5-2, II C. act. soc. et fam.

⁵ Art. 221-5-2, IV C. act. soc. et fam.

⁶ Lorsque le mineur est concerné par une mesure d'assistance éducative, le président du Conseil général d'origine, avisé du dessaisissement de la juridiction en application de l'article L. 228-4, alinéa troisième du Code de l'action sociale et des familles, informe les parents de la procédure de transmission d'informations engagée en vue de garantir la poursuite de la mesure d'assistance éducative en cours (art. R. 221-5-3 C. act. soc. et fam.).

⁷ FOSSIER (T.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 60.

L. 223-1, alinéa premier du Code de l'action sociale et des familles prévoit donc que toute personne, qui demande une prestation d'ASE ou qui en bénéficie, est informée par les services de protection de la famille et de l'enfance des conditions d'attribution et des conséquences de cette prestation sur les droits et obligations de l'enfant et de son représentant légal. L'alinéa deuxième de cette disposition ajoute ensuite que la personne pourra être accompagnée de la personne de son choix dans ses démarches auprès du service de l'ASE, même si ce dernier peut proposer un entretien individuel dans l'intérêt du demandeur. L'information des parents et du mineur¹ devra notamment porter sur la nature des aides proposées et les conséquences de l'attribution des prestations d'ASE, les droits et les devoirs afférents à l'autorité parentale et les effets des aides attribuées sur cette autorité, le droit d'accès au dossier et aux documents administratifs, les dispositions les plus importantes de la loi². A cette information obligatoire, s'ajoute une évaluation de la situation.

L'attribution d'une ou de plusieurs prestations d'ASE doit effectivement être précédée d'une évaluation de la situation prenant en compte l'état du mineur, la situation de la famille et les aides auxquelles elle peut faire appel dans son environnement³. La détermination de la nature des difficultés éducatives rencontrées et des aides qui paraissent les plus appropriées doivent permettre d'assister efficacement les père et mère dans leur fonction parentale⁴. Les parents et le mineur seront donc associés à cette évaluation. Elle permet de les faire participer au processus décisionnel et d'acter les engagements de chacun dans un écrit.

162. La rédaction d'un écrit. – L'ambition de rendre l'assistance socio-administrative de la famille davantage transparente se manifeste par la traduction de la volonté et du consentement des parents dans un écrit. Aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission du mineur à l'ASE ne peut être prise sans l'accord écrit du ou des représentants légaux, à moins que l'enfant ait été confié au service par une décision judiciaire ou qu'il s'agisse d'une prestation en l'espèce⁵. Ce document écrit permet de poser les principes éthiques de l'assistance socio-administrative de la famille par la participation active des intéressés et l'expression d'un choix

¹ Le mineur est directement bénéficiaire de la prestation d'ASE. C'est à ce titre qu'il a le droit d'être informé. C'est donc une obligation pour le service de l'ASE (VERDIER (P.), NOE (F.), *Guide de l'aide sociale à l'enfance*, 6^{ème} éd., Paris : Dunod, 2008, p. 332).

² Ces éléments sont visés à l'article R. 223-1 du Code de l'action sociale et des familles.

³ Art. L. 223-1, al. 4 C. act. soc. et fam.

⁴ En ce sens : PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 95.

⁵ Art. L. 223-2, al. 1^{er} C. act. soc. et fam.

libre et éclairé¹. De ce point de vue, les représentants légaux ne perdent pas leur qualité de parent puisqu'ils peuvent participer à l'élaboration des conséquences de la décision attribuant une prestation d'ASE à la famille², peu importe que le mineur soit maintenu dans la cellule familiale³ ou qu'un placement hors du domicile familial soit envisagé⁴.

L'alinéa premier de l'article L. 223-2 du Code de l'action sociale et des familles ne prévoit aucune participation du mineur à la décision initiale de prise en charge. Il a ainsi été proposé de compléter cette disposition, en imposant la recherche systématique du consentement du mineur, notamment pour renforcer l'efficacité de sa protection⁵. Cette recherche du consentement de l'enfant ne signifie toutefois pas que la mesure est subordonnée à son accord. Elle implique seulement que l'adhésion du mineur à la décision de prise en charge soit recherchée⁶. Autrement dit, le service de l'ASE, en accord avec les représentants légaux du mineur, doit pouvoir passer outre le refus de l'enfant de consentir aux mesures de protection. Le mineur ne doit pas devenir un « co-décideur » au même titre que ses parents, ce d'autant plus qu'il n'a pas la capacité juridique pour consentir. C'est la raison pour laquelle il conviendrait de remplacer le terme de « consentement » par celui d'« adhésion »⁷ dans la proposition formulée par le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption ». En effet, si la logique de cette proposition est la même que celle gouvernant l'alinéa second de l'article 375-1 du Code civil⁸, il paraît cohérent de ne pas inscrire le terme de « consentement » du mineur à l'article L. 223-2. C'est l'association de l'enfant à sa prise en charge qui est recherchée et non son accord explicite.

¹ Lorsque la décision porte sur l'attribution d'une prestation en espèce, elle doit mentionner la durée de la mesure, son montant et sa périodicité, les noms et qualités des personnes chargées du suivi de la mesure et les conditions dans lesquelles elles l'exercent, et enfin les conditions de révision de la prestation (art. R. 223-3 C. act. soc. et fam.).

² ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 319.

³ Lorsqu'une prestation d'ASE, autre qu'une prestation en espèce, est attribuée et qu'elle permet le maintien de l'enfant dans sa famille, le formulaire (art. L. 223-2 C. act. soc. et fam.) sur lequel est recueilli le consentement des parents ou du représentant légal doit comporter certaines indications (art. R. 223-4 C. act. soc. et fam.) : nature et durée de la mesure, noms et qualités des personnes chargées du suivi de la mesure et conditions dans lesquelles ce suivi est exercé, conditions de révision de la prestation.

⁴ Pour toute décision relative au placement du mineur hors du domicile familial, le formulaire (art. L. 223-2 C. act. soc. et fam.) sur lequel est recueilli le consentement des parents ou du représentant légal doit également comporter certaines indications (art. R. 223-5 C. act. soc. et fam.) : mode et durée du placement, modalités selon lesquelles est assuré le maintien des liens familiaux et conditions dans lesquelles sera exercé le droit de visite et d'hébergement, identité des personnes tiers à la famille qui peuvent rencontrer le mineur, conditions de la participation financière des parents à la prise en charge de l'enfant, noms et qualités des personnes chargées du suivi de la mesure et conditions dans lesquelles ce suivi est exercé, conditions de révision de la mesure.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 44 et s., spé. p. 46. Le groupe de travail propose de compléter l'article L. 223-2, alinéa premier en ce sens : « *Le consentement du mineur doit systématiquement être recherché* ».

⁶ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 46.

⁷ Le terme « consentement » provient de consentir, du latin *consentire* c'est-à-dire être d'accord, d'où consentir à. Le mot « adhésion », du latin *adhesio*, de *adhaerer*, signifie s'attacher à. Il existe donc une différence de sens entre ces deux termes. Dans le cadre d'une adhésion, le mineur ne donne pas son accord à la prise en charge. Il se rallie à la décision qui a été prise.

⁸ *Infra.* § 217.

Dans le cadre de la rédaction de cet écrit, le mineur pourra ensuite faire l'objet d'un accueil dans un établissement social ou médico-social soumis à autorisation¹. L'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles garantit alors un certain nombre de droits à la famille. En réalité, ces droits sont identiques à ceux reconnus à tout citoyen, mais ils ont été précisés en raison de la situation spécifique du mineur et de sa famille². Le principe de l'accord écrit des parents à l'assistance socio-administrative n'est pas absolu. L'urgence permet d'y faire obstacle.

L'alinéa deuxième de l'article L. 223-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose qu'un mineur peut être recueilli provisoirement par le service de l'ASE en cas d'urgence et si le représentant légal est dans l'impossibilité de donner son accord. Le procureur de la République est alors immédiatement informé de ce recueil³. Une solution similaire a été adoptée afin de protéger les mineurs qui ont abandonné le domicile familial et pour lesquels il existe un danger immédiat ou une suspicion de danger immédiat⁴. L'enfant peut dès lors être accueilli durant une durée maximale de soixante-douze heures, sous réserve d'en informer les parents et le procureur de la République⁵. D'un point de vue juridique, l'enfant fugueur n'est pas admis à l'ASE, il est simplement recueilli. C'est ce qui explique que l'accord des représentants légaux ne soit ni nécessaire ni obligatoire pour assurer la prise en charge du mineur. En d'autres termes, le service de l'ASE n'est pas tenu de rechercher l'autorisation écrite des parents. Il doit cependant les informer de la présence du mineur ainsi que du lieu d'accueil⁶, ce qui contribue à garantir la

¹ *Infra.* § 179 ; art. L. 222-1, 1° et L. 311-1 et s. C. act. soc. et fam.

² De cette manière, est garanti à la famille, sous réserve des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire et des nécessités liées à la protection des mineurs en danger, le libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes soit dans le cadre d'un service à son domicile, soit dans le cadre d'une admission au sein d'un établissement spécialisé (art. L. 311-1, 3° C. act. soc. et fam.). De même, la vie privée et familiale des membres de la famille sera protégée par la confidentialité des informations, l'accès à tous documents utiles, une information sur les droits fondamentaux de ses membres et les protections particulières légales et contractuelles dont elle bénéficie, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition (art. L. 311-3, 4°, 5°, 6° C. act. soc. et fam.). Pour faciliter l'accès du mineur à son dossier, le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de compléter le 5° de l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles. Il est proposé que l'enfant ait accès à « toute information ou document administratif ou judiciaire relatif à sa prise en charge » (GOUTTENoire (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 44 et s., spé. p. 45). L'idée consiste à permettre au mineur de consulter les décisions judiciaires que contient son dossier administratif et de mettre fin aux refus des Conseils généraux sur ce point, ces derniers considérant que les décisions de justice ne constituent pas un document administratif.

³ Si, dans cette hypothèse, l'enfant n'a pas pu être remis à sa famille ou si le représentant légal n'a pas pu ou a refusé de donner son accord dans un délai de cinq jours, le service saisit l'autorité judiciaire en vue de l'application de l'article 375-5 du code civil (art. L. 223-2, al. 4 C. act. soc. et fam.). De même, si le représentant légal du mineur est en mesure de donner son accord mais le refuse, le service saisit l'autorité judiciaire en vue de l'application de l'article 375-5 du Code civil (art. L. 223-2, al. 3 C. act. soc. et fam.). En effet, les conditions de l'article L. 226-4, I, 2° du Code de l'action sociale et des familles paraissent remplies, ce qui justifie la saisine du procureur de la République.

⁴ En ce sens : LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 36 ; PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.* XII^{ème} législature, p. 109.

⁵ Art. L. 223-2, al. 5 C. act. soc. et fam.

⁶ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 75 ; PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 104.

transparence de l'assistance offerte à l'enfant et à ne pas nier les parents dans leurs droits¹. Au terme de ce délai, le retour de l'enfant dans sa famille pourra être organisé. Néanmoins, si cela n'est pas envisageable, une procédure d'admission à l'ASE est engagée ou, à défaut d'accord des parents, il est procédé à la saisine de l'autorité judiciaire², celle-ci correspondant aux critères de l'article L. 226-4, I, 2° du Code de l'action sociale et des familles. L'assistance socio-administrative de la famille semble donc dominée par des rapports contractuels et égalitaires. La rédaction d'un projet pour l'enfant abonde par ailleurs en ce sens.

163. Le projet pour l'enfant. – Le projet pour l'enfant est organisé à l'alinéa cinquième de l'article L. 223-1 du Code de l'action sociale et des familles³. Il contribue à la transparence de l'assistance socio-administrative de la famille. C'est un document « contractuel » qui constitue le support de l'engagement des parties bien qu'il ne soit pas nécessairement négocié avec les parents ou précédé d'un entretien⁴. Le projet pour l'enfant doit être cosigné par l'ensemble des parties, ce qui permet de garantir l'effectivité de l'engagement contractuel : représentants légaux de l'enfant, président du Conseil général, responsable de chacun des organismes chargés de mettre en œuvre les mesures d'assistance de la famille. Il doit préciser les actions à mener auprès de l'enfant, de ses parents, et de son environnement. Il détermine également le rôle des père et mère, les objectifs éducatifs à atteindre et le délai imparti pour y arriver. Il mentionne enfin l'institution et la personne chargée d'assurer la cohérence et la continuité des interventions. Le projet pour l'enfant est un document d'objectifs et de moyens, qui pourra à tout moment être remis en cause par l'une des parties si l'assistance socio-administrative de la famille n'est plus justifiée. L'objet principal de ce document est d'organiser les relations entre la famille et les services compétents afin de valoriser les compétences parentales et de conduire les père et mère à assumer seul et efficacement leurs responsabilités⁵. L'idée consiste à impliquer les parents dans le choix de l'aide apportée plutôt que de proposer une solution type sans que ces derniers ne puissent exprimer leur avis. Le projet pour l'enfant permet donc de faire comprendre aux père et mère l'opportunité d'une assistance socio-administrative de la famille, qui ne doit pas être perçue comme une

¹ FOSSIER (T.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 60.

² Art. L. 223-2, al. 5 *in fine* C. act. soc. et fam.

³ Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » prévoit également la création d'un album de vie de l'enfant afin de consigner tous les événements marquants de son parcours (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 44 et s., spé. p. 45).

⁴ Le projet pour l'enfant est aussi élaboré dans le cadre de l'intervention judiciaire, notamment pour la mise en œuvre du droit de visite et d'hébergement (art. L. 223-3-1 C. act. soc. et fam.). Dans ce cas, il ne présente pas de caractère « contractuel » puisque son élaboration fait suite à une mesure imposée et niant la volonté des parents.

⁵ PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 95.

sanction. Cet outil permet de concilier l'intérêt supérieur de l'enfant « avec les droits des parents qu'il importe de respecter tout en favorisant l'exercice »¹. Il est indéniable que le projet pour l'enfant affirme en premier lieu la place centrale du mineur dans le dispositif commun de protection, ce qui démontre par ailleurs que l'enfant est aussi « le centre de gravité des familles »². L'élaboration de ce document permet de prendre en compte la supériorité de l'intérêt du mineur ainsi que ses besoins physiques, intellectuels, sociaux et affectifs, et le respect de ses droits. A cet égard, il est proposé de faire du projet pour l'enfant un outil de prise en charge globale de l'enfant. Celui-ci aurait pour objet de traiter de toutes les dimensions du développement de l'enfant, notamment sociale, médicale, éducative, affective, par une approche en terme de « parcours de vie »³. En effet, le projet pour l'enfant doit prévoir les actions susceptibles de favoriser l'épanouissement personnel et l'insertion sociale future du mineur en tant que citoyen. C'est par ailleurs pour cette raison que le projet pour l'enfant doit être porté à sa connaissance⁴.

Afin de renforcer les droits de l'enfant protégé, le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » a envisagé la possibilité de modifier le contenu de cette obligation⁵. Le projet pour l'enfant ne serait plus simplement porté à la connaissance du mineur. Au contraire, celui-ci serait formellement associé à l'élaboration de ce document selon son âge et son degré de maturité. En d'autres termes, l'association du mineur dépendrait de sa capacité de discernement. Cette proposition modificative de l'alinéa cinquième de cet article L. 223-1 du Code de l'action sociale et des familles précise ensuite que le consentement du mineur aux mesures doit être envisagé. A nouveau, il semble préférable de substituer au terme de « consentement » celui d'« adhésion »⁶, car l'association du mineur à la rédaction de ce document ne signifie pas qu'il

¹ VERDIER (P.), EYMENIER (M.), *Le réforme de la protection de l'enfance*, 2^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2012, p. 109.

² GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 57.

³ DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 65, proposition 30.

⁴ Art. L. 223-1, al. 5 *in fine* C. act. soc. et fam. Dans le même sens, le dernier alinéa de l'article L. 223-5 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que le contenu et les conclusions du rapport annuel, établi par le service de l'ASE lorsque l'enfant lui a été confié, sont portés à la connaissance du mineur, en fonction de son âge et de sa maturité. Cette communication permet à l'enfant de comprendre l'évolution de sa situation. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » souhaite que cette évaluation annuelle soit renforcée. Il est ainsi proposé de préciser le contenu de ce rapport par la référence au développement physique, affectif, intellectuel et social, la scolarité, les relations de l'enfant avec sa famille, sa vie sociale, et notamment les liens d'attachement noués avec les personnes qui l'accueillent même occasionnellement, et ses perspectives d'évolution à moyen et long terme (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 50 et s.). Il avait déjà été proposé de préciser le contenu de ce rapport par référence à l'étude de la situation de l'enfant par référence à la notion de délaissement (TABAROT (M.), *Rapport n° 4330* précité, *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, p. 30 et 61).

⁵ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 44 et s., spé. p. 47.

⁶ *Supra*. § 162.

doit expressément y consentir. Cette obligation semble d'autant plus importante que l'article L. 223-4 du Code de l'action sociale et des familles impose au service de l'ASE d'examiner « avec le mineur toute décision le concernant et à recueillir son avis »¹. L'enfant, quel que soit son âge ou son discernement, doit être consulté sur son cadre de vie même si aucune force particulière n'est donnée à sa parole². Par conséquent, un dialogue est susceptible de s'engager afin de faciliter son adhésion aux mesures envisagées³. A cet égard, le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de renforcer l'association du mineur et ce travail éducatif qui consiste à le faire participer au processus décisionnel⁴. La proposition formulée consiste à modifier l'article L. 223-4 afin d'« associer le mineur à toute décision le concernant » ou pour « associer le mineur à l'élaboration de toute décision le concernant ». Dans l'une ou l'autre hypothèse, le consentement du mineur devrait également être recherché. Au demeurant, pour éviter de donner une dimension procédurale à la participation du mineur, il convient à nouveau d'envisager de remplacer le terme de « consentement » par celui d'« adhésion. Quoiqu'il en soit, le projet pour l'enfant organisé à l'article L. 223-1 du Code de l'action sociale et des familles « associe formellement et réciproquement »⁵ les parents et l'enfant dans le processus d'assistance de la famille. Il permet de prendre appui sur les capacités de chacun. A la différence du CRP, le projet pour l'enfant n'est pas un « contrat-sanction »⁶. Il est la traduction concrète « du droit des parents à être informés et à consentir, autant que possible, à la prise en charge de leur enfant »⁷ bien qu'il n'existe pas de contrat au sens juridique du terme⁸.

164. L'absence de contrat au sens juridique du terme. – La participation de la famille au processus d'attribution d'une prestation d'ASE n'ôte pas à la décision d'admission du

¹ L'article R. 223-9 du Code de l'action sociale et des familles renforce l'effectivité de cette obligation car l'avis du mineur et les conditions dans lesquelles il a été recueilli font l'objet d'un rapport établi par la personne mandatée auprès de lui par le service de l'aide sociale à l'enfance.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 296.

³ En ce sens : VERDIER (P.), NOE (F.), *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : Dunod, 2008, p. 339.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 44 et s., spé. p. 47.

⁵ VERDIER (P.), EYMENIER (M.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2012, p. 109.

⁶ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 33.

⁷ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 33.

⁸ Il convient de noter que le projet pour l'enfant doit être articulé avec d'autres documents comme le contrat de séjour ou le document individuel de prise en charge dans un établissement social ou médico-social (art. L. 311-4, al. 2 C. act. soc. et fam.). Ces documents sont élaborés avec la participation des parents, mais la conception et la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement supposent également la collaboration directe du mineur ou avec son représentant légal (art. L. 311-3, 7° C. act. soc. et fam.). Il est par ailleurs proposé d'intégrer le document individuel de prise en charge au projet pour l'enfant, afin de regrouper toutes les informations relatives à la prise en charge d'un mineur au sein d'un seul document. L'idée consiste à simplifier les outils administratifs, notamment dans l'intérêt des parents (DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat.*, 2013-2014, p. 65, proposition 29).

président du Conseil général¹ sa nature réglementaire². La recherche du consentement de la famille et sa participation ne transforment pas la décision d'admission en un acte contractuel³, ce qui pose la question de la place du contrat en protection de l'enfance⁴. La contractualisation de l'assistance socio-administrative de la famille n'est que relative. La décision d'admettre le mineur à l'ASE relève uniquement de la compétence du président du Conseil général. Le projet pour l'enfant ne peut pas non plus être juridiquement assimilé à un contrat. Ce n'est pas un document de nature contractuelle, bien qu'il permette d'arrêter un programme d'aide et d'assistance éducative entre le service de l'ASE et la famille et l'enfant⁵. En effet, le projet pour l'enfant ou l'écrit prévu à l'article L. 223-2 du Code de l'action sociale et des familles ne peuvent être considérés comme un contrat. Ces documents sont davantage des écrits qui permettent de constater l'accord des parties à l'assistance socio-administrative de la famille⁶. Ils ont une « *fonction technique de réception des consentements* » et permettent de reprendre « *des obligations déjà posées par la loi* »⁷. Une analyse identique est possible avec le CRP qui était utilisé comme un outil d'information, voire de contrôle social, afin d'opérer auprès des père et mère un rappel des règles de l'autorité parentale. L'abrogation de ce dispositif, par le législateur en 2013⁸, a néanmoins mis fin, pour certains, à une mesure obsolète par nature⁹.

3/ L'illusion d'une participation de la famille au processus décisionnel : l'ancien contrat de responsabilité parentale

165. Les modalités de mise en œuvre du CRP. – Avant son abrogation, le CRP était organisé à l'article L. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles. Il s'agissait d'un « *instrument ambigu dans ses attentes et ses effets* », car il tentait « *de cadrer l'intervention publique dans le champ de l'autorité parentale en articulant une logique de soutien et une*

¹ Art. L. 222-1 C. act. soc. et fam.

² C'est la raison pour laquelle « *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* » (art. R. 223-2 C. act. soc. et adm.).

³ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 320.

⁴ Sur ce point : ONED, *Neuvième rapport annuel* précité, Oned Editeur, Mai 2014, p. 26.

⁵ PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 95.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o contrat (3).

⁷ EVERAERT-DUMONT (D.), « La contractualisation des prestations sociales : un nouveau rapport personne – famille – collectivité ? », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 89.

⁸ L. n° 2013-108 précitée. Voir également pour les dispositions réglementaires : D. n° 2014-918 du 18 août 2014 relatif au référentiel fixant les critères d'agrément des assistants familiaux, *JO*, 21 août 2014, p. 13894, art. 2.

⁹ BERNIGAUD (S.), « Action sociale en faveur de l'enfance », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 241.81.

sanction »¹. C'était un moyen parmi d'autres pour lutter contre les défaillances de l'autorité parentale et assister la famille. En réalité, le CRP était plutôt perçu comme un procédé d'encadrement social sous contrainte des père et mère ayant pour objet leur responsabilisation² par la menace d'une sanction économique : la suspension des allocations familiales³. Le CRP était une prestation d'ASE. Il était prévu dans un chapitre du Code de l'action sociale et des familles, mais cette qualification n'était pas adéquate. En effet, le CRP ne pouvait être assimilé ni à une prestation d'action sociale ni à une prestation contractuelle⁴. Il est toutefois permis de penser que le CRP participait dans une certaine mesure à la recherche du consentement parental à l'assistance socio-administrative de la famille. Il permettait d'associer les parents au processus décisionnel.

Le CRP était mis en œuvre à l'initiative du président du Conseil général, spontanément ou à la demande d'une autre autorité publique ou des parents⁵. Il n'était accessible qu'aux titulaires de l'autorité parentale dont les droits ne leur avaient pas été retirés⁶. Il suffisait qu'une « *difficulté liée à une carence de l'autorité parentale* » soit constatée. Ce champ sémantique demeurait toutefois imprécis. Il pouvait être rattaché à la carence éducative des parents et *a fortiori* au danger⁷. Le CRP avait donc un domaine d'application élargi car « *la carence de l'autorité parentale suppose un dysfonctionnement quelconque* »⁸ de cette autorité. Le législateur avait néanmoins visé certaines situations justifiant le recours à un CRP : absentéisme scolaire⁹, trouble

¹ BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 8^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2012, § 301.

² NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 134 et 151 et s.

³ Le président du Conseil général pouvait également saisir le juge des enfants afin que soit mis en place une MJAGBF. Enfin, en cas d'infraction pénale, le Procureur de la République pouvait être saisi.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 153.

⁵ L'article L. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles visait l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation, le chef d'établissement d'enseignement supérieur, le maire de la commune de résidence du mineur, le directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales, le préfet ou le procureur de la République.

⁶ LAMBERT (S.), précité, *Dr. famille*, 2007, étude n° 25.

⁷ *Supra*. § 87.

⁸ BATTEUR (A.), précité, *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089. Selon l'auteur, la carence de l'autorité parentale peut évoquer un abandon de l'enfant, le non-versement d'une pension alimentaire, le fait de laisser l'enfant vagabonder dans la rue et commettre des infractions, ou encore la carence dans les relations personnelles. Par conséquent, le CRP pouvait concerner tous les mineurs appartenant à l'une des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles.

⁹ Désormais, en cas de persistance du défaut d'assiduité, le directeur de l'établissement d'enseignement réunit les membres concernés de la communauté éducative, au sens de l'article L. 111-3 du Code de l'éducation, afin de proposer aux personnes responsables de l'enfant une aide et un accompagnement adaptés et contractualisés avec celles-ci. Un personnel d'éducation référent est désigné pour suivre les mesures mises en œuvre au sein de l'établissement d'enseignement (art. L. 131-8 C. éduc.). Ce nouvel outil qui remplace le CRP participe toujours à la contractualisation de la protection socio-administrative, ceci étant que l'accompagnement est mis en œuvre par le directeur de l'établissement d'enseignement et non le président du Conseil général. Ce nouveau dispositif remplace le CRP qui a été jugé inopérant. Il tend à refondre le processus de soutien aux parents afin que celui-ci soit centré sur l'établissement scolaire. Il associe également tous les acteurs concernés pour que la situation spécifique de l'élève et de sa famille soit analysée. Il oriente enfin les parents vers le dispositif le plus adéquat et s'appuie sur une nouvelle fonction d'enseignant référent. Une aide et un accompagnement adaptés seront ainsi proposés aux parents. Si le problème est d'ordre pédagogique, c'est l'Education nationale qui prendra en charge l'assistance de l'élève et de sa famille en lien avec les collectivités territoriales concernées. Au contraire, si le problème est d'ordre psychologique,

porté au fonctionnement d'un établissement scolaire, prise en charge d'un mineur de treize ans qui n'a pas respecté une interdiction de circuler ou de stationner sur la voie publique entre vingt-trois heures et six heures¹, situation d'un mineur ayant fait l'objet d'une mesure alternative aux poursuites ou d'une condamnation définitive pour une infraction signalée par le procureur de la République au président du Conseil général². Toute autre mesure adaptée à la situation pouvait cependant être décidée par le président du Conseil général, le CRP étant une alternative aux prestations d'ASE classiques³.

166. Le contenu du CRP. – Les termes « responsabilité parentale » utilisés dans l'ancien article L. 222-4-1 reprenaient en miroir la définition de l'autorité parentale de l'article 371-1 du Code civil, afin de sanctionner les parents qui n'avaient pas suffisamment protégé leurs enfants⁴. Le CRP a effectivement été créé pour assister les familles et surtout restaurer l'autorité des père et mère confrontés à des difficultés. L'idée consistait à les inciter à exercer leurs responsabilités à l'égard de l'enfant. En contrepartie, les autorités publiques leur accordaient un soutien et un accompagnement⁵. Le CRP reconnaissait aux parents une responsabilité en ce qui concerne leurs enfants puisque les père et mère sont responsables de leur devenir⁶. En d'autres termes, ils étaient responsables de leurs carences éducatives envers leur progéniture. Il est donc permis de penser que le CRP consacrait légalement une « *responsabilité pour carence de l'autorité parentale* »

ce sont les services sociaux, en particulier l'ASE, qui assureront l'aide à l'enfant et à sa famille. L'accompagnement des parents sera contractualisé avec eux. Cette formalisation d'engagements réciproques vise à ce que les mesures proposées n'apparaissent pas comme une sanction et soient imposées de force. Elle doit également permettre un suivi régulier et une évaluation des mesures et de l'évolution de la situation. En somme, ce dispositif ne tend pas à punir les parents (sur ces éléments : ASSOULINE (D.), *Rapport n° 56* précité, *Doc. Sénat*, 2012-2013, p. 23 et s.).

¹ En outre, le mineur ne devait pas être accompagné de l'un de leurs parents ou du titulaire de l'autorité parentale et être exposé à un risque manifeste pour sa santé, sa sécurité, son éducation ou sa moralité. Ces éléments sont issus de l'article 43 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (*JO*, 15 mars 2011, p. 4582 ; *Rect. JO*, 23 mars 2011, p. 5193).

² Souvent, cette infraction révélait une carence de l'autorité parentale.

³ Le législateur avait encadré la procédure permettant de recourir à un CRP. Le CRP ne pouvait être conclu que pour une durée initiale de six mois et en cas de renouvellement, sa durée totale ne pouvait excéder un an (anc. art. R. 222-4-1, 5° C. act. soc. et fam.). Lorsque le président du Conseil général décide de recourir à un CRP, il devait notifier une proposition de contrat aux parents. Ces derniers disposaient de quinze jours pour l'accepter et le signer ou le refuser en faisant part de leurs observations, propositions et les justes motifs de refus (anc. art. R. 222-4-3 C. act. soc. et fam.). La portée de cette notion n'avait pas été précisée par le législateur. Il est dès lors permis de se demander quelles étaient les circonstances qui y correspondaient, voire si le Conseil général ne disposait pas d'un pouvoir discrétionnaire pour rejeter les arguments avancés par les parents pour refuser la conclusion du CRP (ROLIN (F.), « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *RDSS*, 2007, p. 38). Cette question était d'autant plus importante qu'en l'absence de motifs légitimes de refus, tout ou partie des prestations familiales pouvait être suspendue. Le président du Conseil général pouvait cependant décider d'adresser un rappel des obligations incombant aux père et mère en tant que titulaires de l'autorité parentale, et prendre toute mesure d'aide et d'action sociale propre à remédier à la situation.

⁴ ROCHFELD (J.), « Contrat de responsabilité parentale. Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (*JO* 2 avr. 2006, p. 4950) », *RTD civ.*, 2006, p. 395.

⁵ BATTEUR (A.), précité, *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089.

⁶ ROCHFELD (J.), précité, *RTD civ.*, 2006, p. 395.

avec la désignation des « mauvais parents » qui devaient se comporter correctement¹. Par conséquent, ces derniers étaient tenus de respecter les obligations leur incombant, car s'ils ne s'engageaient pas ou ne respectaient pas leurs engagements, ils subissaient le retrait temporaire des allocations familiales². Ainsi, le CRP devait préciser les circonstances justifiant sa mise en œuvre et comporter une présentation de la situation familiale³. Il rappelait les obligations des titulaires de l'autorité parentale et leurs engagements pour pallier les difficultés rencontrées⁴. Il comportait également les mesures d'aides destinées à contribuer à la résolution des difficultés familiales identifiées dans le document⁵. Il prévoyait enfin les modalités du réexamen de la situation pendant la durée du contrat⁶ et les sanctions en cas de refus de signature ou de non-respect des engagements⁷.

167. La portée juridique du CRP. – Le CRP ne pouvait juridiquement pas être assimilé à un contrat. Les parents n'avaient ni le choix du cocontractant, ni du contenu de l'acte qui avait été déterminé par un décret en Conseil d'Etat⁸ et été imposé par le président du Conseil général. Le CRP ne symbolisait pas un accord de volonté destiné à produire un engagement juridique, même s'il existait, dans une certaine mesure, des obligations réciproques entre les parties⁹. Le CRP était plutôt un modèle destiné à recevoir le consentement obligatoire des parents et dont l'objet est la prise de conscience d'obligations légales¹⁰. Les termes du CRP étaient imposés aux parents auquel ce « contrat » s'applique. En outre, le CRP n'ajoutait rien aux obligations légales préexistantes que les parents étaient censés respecter¹¹. Il n'existait donc pas de liberté contractuelle, ce d'autant plus que le refus de signer le CRP ou la méconnaissance des obligations qu'il comportait, entraînait des sanctions légales¹².

¹ BATTEUR (A.), précité, *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089.

² BATTEUR (A.), précité, *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089.

³ Anc. art. R. 222-4-1, 1° C. act. soc. et fam.

⁴ Anc. art. R. 222-4-1, 2° et 3° C. act. soc. et fam.

⁵ Anc. art. R. 222-4-1, 4° C. act. soc. et fam.

⁶ Anc. art. R. 222-4-1, 6° C. act. soc. et fam.

⁷ Anc. art. R. 222-4-1, 7° C. act. soc. et fam.

⁸ D. n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 relatif au contrat de responsabilité parentale, *JO*, 2 septembre 2006, p. 13095, codifié aux articles R. 222-4-1 à R. 222-4-5 du Code de l'action sociale et des familles.

⁹ En effet, si les parents étaient tenus de respecter leurs obligations légales, le Conseil général devait apporter à la famille une aide et une action sociales de nature à remédier aux difficultés. Il y avait donc des obligations à la charge du Conseil général et à la charge de la famille.

¹⁰ ROCHFELD (J.), précité, *RTD civ.*, 2006, p. 395.

¹¹ BATTEUR (A.), précité, *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089.

¹² Il s'agissait d'une sanction administrative car elle était prise sans l'intervention d'un juge. Elle devait néanmoins être prononcée à la suite d'une procédure contradictoire au cours de laquelle les parents pouvaient justifier le non-respect des obligations imposées ou le refus de signer le CRP (Cons. const., 30 mars 2006, *Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*, n° 2006-535 DC, considérant n° 36).

Le CRP, « sous une allure contractuelle », recouvrait « en réalité d'authentiques prérogatives régaliennes, l'existence de la sanction fragilisant fortement la logique d'adhésion volontaire des parents pourtant en principe requise »¹. En effet, le président du Conseil général dispose des pouvoirs traditionnels qui sont reconnus à toute administration. Il pouvait modifier unilatéralement, en cours d'exécution, les obligations posées initialement dans le CRP. Il pouvait également résilier le contrat avant son terme pour un motif d'intérêt général. En réalité, le CRP avait institué une nouvelle forme de contrôle social des familles et de l'exercice des prérogatives parentales sous une forme contractuelle². L'autorité parentale avait été fonctionnalisée afin de prévenir les déviations des mineurs. Au-delà de la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant, le CRP aurait permis la restauration d'un ordre public familial dans l'intérêt de la société³. Ce dispositif jouissait cependant d'une fonction pédagogique. Il permettait d'apprendre aux parents les exigences découlant de l'autorité parentale⁴. C'est la raison pour laquelle il est préférable de raisonner en terme de traitement des défaillances parentales et de responsabilisation plutôt qu'en terme de sanction⁵ lorsque le président du Conseil général fait participer les parents au processus décisionnel⁶, ces derniers conservant en outre l'autorité parentale.

B/ L'assistance socio-administrative de la famille et l'exercice de l'autorité parentale

168. Une assistance au service de l'enfant dans sa famille. – Les professionnels de la protection de l'enfance sont souvent amenés à intervenir dans la qualité de l'éducation prodiguée par les parents à l'enfant. L'assistance socio-administrative constitue une intrusion dans le cercle intime des relations familiales. Elle met également en évidence les reproches qui peuvent être fait sur la manière dont les parents exercent leurs prérogatives⁷. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu diverses entraves à l'exercice de l'autorité parentale par une assistance de la famille. Pour Monsieur Elie ALFANDARI et Madame Florence TOURETTE, cette assistance tendrait

¹ BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2012, § 301.

² ROLIN (F.), précité, *RDSS*, 2007, p. 38 ; BATTEUR (A.), précité, *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089.

³ ROCHFELD (J.), précité, *RTD civ.*, 2006, p. 395.

⁴ ROCHFELD (J.), « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du “contrat pédagogique” », *RDC*, 2006, p. 665.

⁵ LAMBERT (S.), précité, *Dr. famille*, 2007, étude n° 25.

⁶ Au demeurant, le CRP permettait de priver de ressources les parents faisant face à des difficultés et cela, au risque d'aggraver leur situation financière. Par ce procédé, c'est l'enfant qui était pénalisé puisqu'il était sanctionné en raison du comportement de ses parents « dont l'incapacité à éduquer les enfants relève de difficultés sociales » (BATTEUR (A.), précité, *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089). Le mineur était alors la victime de sa famille mais aussi de la société, qui sanctionnait une famille dans une situation de précarité et dont les revenus des transferts sociaux étaient indispensables (en ce sens : BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2012, § 301).

⁷ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 520.

à « aider les mineurs à travers les familles, tant que cela est possible, et quand ça ne l'est plus, agir en suppléance de la famille en procédant à un placement dans le service »¹. En réalité, la famille n'est pas suppléée dans ces fonctions. Les parents continuent d'exercer leur autorité, mais cet exercice, sans être confisqué, est davantage restreint par la mesure de protection. Les père et mère peuvent toujours orienter la vie d'un mineur, même si cela n'est possible que dans une moindre mesure. Par conséquent, l'assistance socio-administrative de la famille oscille entre une intervention au domicile familial (1) ou un retrait du mineur de son milieu de vie habituel (2), l'assistance socio-administrative de la famille étant alors renforcée pour garantir la protection de l'enfant victime de sa famille.

1/ L'intervention au domicile de la famille

169. Définition de l'intervention à domicile. – L'intervention du domicile permet d'assister la famille afin de protéger l'enfant victime de sa famille, en particulier lorsqu'il existe un danger ou un risque de danger en raison des carences éducatives des parents, voire si les conditions d'existence de la famille sont susceptibles de mettre en danger ou en risque de danger l'enfant. Cette action au domicile de la famille implique un encadrement des droits parentaux en raison de la présence du tiers dans la cellule familiale. En effet, la manière dont les parents exercent leurs prérogatives sera nécessairement surveillée et encadré. L'intervention à domicile suppose un contrôle de l'éducation qui est donnée à l'enfant². Les qualités éducatives des père et mère seront ainsi mises en avant grâce à l'accompagnement dont la famille bénéficie³. L'intervention à domicile peut dès lors se définir comme l'ensemble des moyens mis en œuvre dans le milieu actuel du mineur victime de sa famille afin d'assurer sa protection par l'assistance de ses parents (a) entraînant une restriction implicite et temporaire de leur autorité (b).

a/ Les formes de l'intervention à domicile

170. L'action éducative à domicile. – L'intervention au domicile de la famille est prévue aux articles L. 222-2 et L. 222-3 du Code l'action sociale et des familles. Elle prend la forme d'une action éducative à domicile (AED) attribuée par le président du Conseil général à la

¹ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 285.

² En ce sens : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 507 ; LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 215.

³ En ce sens : HUYETTE (M.), « Le placement de l'enfant en assistance éducative », *AJ fam.*, 2007, p. 54.

demande des parents¹ ou avec leur accord lorsque le mineur est en danger². L'AED s'inscrit dans le strict respect de l'autorité parentale. Elle nécessite l'accord des représentants légaux. En réalité, le consentement des parents est le plus souvent contraint, car il est donné sous la menace d'une saisine de l'autorité judiciaire³. Le choix des père et mère à la mesure de protection n'est en réalité pas libre. L'assistance socio-administrative aurait donc un effet comminatoire sur les parents. L'AED se traduit par l'intervention d'un travailleur social auprès des familles. Elle permet de maintenir l'enfant dans son milieu de vie habituel tout en garantissant les conditions nécessaires à son développement et à son éducation ainsi que sa santé, sa sécurité et sa moralité. Elle permet d'aider les parents à surmonter et à résoudre les difficultés qu'ils rencontrent même si certains considèrent que l'action à domicile constitue « *une forme de soutien épisodique dont le contenu et l'efficacité sont difficiles à cerner* »⁴.

L'AED peut prendre plusieurs formes qui sont susceptibles de s'exercer ensemble ou séparément⁵. Sont notamment prévus l'intervention d'un service d'action éducative ou l'action d'un technicien de l'intervention sociale et familiale (TISF)⁶. L'AED bénéficie prioritairement au mineur mais en pratique, elle permet d'apporter une assistance à toute la famille. L'intervention est globale. Elle concerne l'ensemble des membres de la cellule familiale au sein de laquelle le mineur ne peut pas être appréhendé isolément⁷. Autrement dit, l'assistance socio-administrative met en cause tout l'environnement des intéressés⁸. Elle permet d'exercer un contrôle sur l'ensemble du groupe familial⁹. A cet égard, l'intervention à domicile présente un intérêt certain lorsque l'enfant est victime d'une maltraitance par les structures. Dans cette situation, l'AED permet d'exercer une action sur l'ensemble du milieu familial, potentiellement pathogène pour le mineur. C'est alors le mode de vie de la famille qui est l'objet de l'assistance apportée.

¹ Si l'AED est accordée à la demande des parents, il n'existe *a priori* pas de danger ou de risque de danger. Ces derniers la sollicitent volontairement. Ils font alors un usage adéquat de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant. L'AED est donc mise en œuvre dans le cadre d'une action préventive pour anticiper les difficultés familiales et avant tout danger ou risque de danger. L'intervention à domicile n'est ainsi pas implicitement contrainte.

² Art. L. 222-2 et L. 222-1 C. act. soc. et fam. combinés.

³ Art. L. 226-4, I, 2° C. act. soc. et fam.

⁴ COUR DES COMPTES, *Rapport public thématique précité*, Doc. fr., 2009, p. 69.

⁵ Art. L. 222-3 C. act. soc. et fam.

⁶ L'intervention d'un TISF au domicile de la famille permet une prise en charge des différentes tâches, notamment ménagères, qu'impliquent la vie quotidienne et la surveillance des enfants. Le TISF exerce ainsi une action sociale préventive et éducative (LHULLIER (J.-M.), *Aide sociale à l'enfance, Guide pratique*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009, p. 80).

⁷ En ce sens : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 183 ; LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 215.

⁸ Stress des parents en recherche active d'emploi, logement exigü et promiscuité importante malgré la mobilisation des dispositifs spécifiques de la loi pour la recherche d'un logement plus spacieux, situation de conflit conjugal bien que cette situation justifie la mise en œuvre de mesures de protection particulières (*infra*. § 577 et 583).

⁹ En ce sens : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 183.

171. L'objet de l'action éducative à domicile. – L'assistance socio-administrative de la famille à domicile a pour objet de remédier à la situation de danger ou de délaissement dans laquelle se trouve l'enfant. Elle tend à résoudre les difficultés familiales, source de danger ou de désintérêt pour l'enfant, et à offrir aux parents la possibilité d'exercer leur autorité de manière appropriée. L'assistance doit, en d'autres termes, leur permettre de donner une éducation adaptée aux mineurs par un exercice adéquat de leurs prérogatives. Elle favorise également l'insertion sociale de la famille¹ étant donné que l'AED permet de prendre en compte les difficultés économiques. Sur ce point, une mesure spécifique a été prévue pour assister la famille dans le champ de la protection socio-administrative.

172. L'accompagnement en économie sociale et familiale. – Les difficultés matérielles que rencontrent une famille ne sont pas indifférentes à détermination d'une conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. En effet, la pauvreté de la famille peut avoir un lien direct avec les carences éducatives des parents². L'intervention à domicile ne se limite donc pas qu'à un soutien éducatif de la famille. Il faut assister les parents confrontés à des « *difficultés dans la gestion de leur budget lorsque ces difficultés compromettent le développement de l'enfant* »³. L'idée consiste à prendre en charge de manière cohérente la famille pour restaurer son autonomie financière et sociale. Cette aide à la gestion du budget familial devra intervenir assez tôt pour prévenir un désinvestissement éducatif des parents en raison de la dégradation de la situation matérielle de la famille. Elle prend la forme d'un accompagnement en économie sociale et familiale (AESF). Cette mesure est également attribuée par le président du Conseil général à la demande des parents ou avec leur accord⁴.

L'AESF se caractérise par un appui technique des parents au quotidien grâce à un tiers qui intervient à domicile. Ce professionnel pourra évaluer avec la famille les besoins de l'enfant⁵ et la nature des problèmes rencontrés afin d'y remédier. Les conditions matérielles de vie des enfants et de la famille relatives au logement, à l'alimentation, à l'entretien du cadre de vie et de

¹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide pratique Protection de l'enfance, Intervenir à domicile pour la protection de l'enfant, Doc. fr.*, février 2008, p. 17.

² En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.191. Sur la question : NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010.

³ LARDEUX (A.), *Rapport n° 205, Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, réformant la protection de l'enfance, Doc. Sénat*, 2006-2007, p. 41.

⁴ Art. L. 222-1 et L. 222-2 C. act. soc. et fam. combinés.

⁵ Cette évaluation des besoins de l'enfant se fait en fonction de leur âge, de leur autonomie, de l'environnement et de l'évolution de la situation (MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, Intervenir à domicile pour la protection de l'enfant, Doc. fr.*, février 2008, p. 5).

l'hygiène des enfants, à leur santé, à leur scolarité et à leurs loisirs sont ainsi prises en compte¹. L'action ne se limite donc pas au seul aspect budgétaire. La question de l'insertion professionnelle des parents ou de l'éducation et de la santé des enfants peut être abordée. L'AESF est une mesure contractuelle et formalisée avec des objectifs définis, comme l'utilisation des prestations familiales en faveur de l'enfant, ou la délivrance d'informations et de conseils pratiques. Elle permet d'éviter l'aggravation des situations de grande précarité rencontrées par la famille tout en protégeant l'enfant d'un danger consécutif à des difficultés économiques. A cet égard, elle tend à modifier le comportement parental en insufflant une discipline aux père et mère. Elle permet également de préserver la capacité et l'autonomie des parents², ce d'autant plus que l'atteinte à l'autorité parentale est limitée. Les parents ont effectivement la libre gestion du budget familial. L'AESF favorise la reconstruction des liens familiaux et la restauration de conditions de vie adéquate pour le mineur. Elle permet de conforter la cohésion de la famille, même si l'intervention d'un tiers dans la famille ne peut qu'affecter l'exercice de l'autorité parentale.

b/ Les conséquences de l'intervention à domicile sur l'autorité parentale

173. Le respect de l'autorité parentale. – L'assistance socio-administrative au domicile de la famille ne fait pas obstacle à l'exercice de leurs prérogatives par les père et mère. Ces derniers peuvent exercer tous les attributs de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant : garde, surveillance, éducation, santé et entretien du mineur. C'est la raison pour laquelle aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission dans le service de l'ASE ne peut être prise sans l'accord écrit du ou des représentants légaux³. Ce principe s'applique également dans l'hypothèse d'un renouvellement de la mesure au bout d'un an⁴. L'article R. 223-1 du Code de l'action sociale et des familles précise que les parents sont informés des conséquences de la prestation sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Cela veut bien dire que les parents sont toujours titulaires de l'exercice de l'autorité et que la mesure à laquelle ils ont consenti peut impacter cet exercice. En effet, l'intervention du tiers dans la famille peut conduire à une entrave implicite de l'exercice de l'autorité parentale, car si l'action de ce professionnel tend à assister et conseiller les parents, il peut également les remplacer. Les père et mère peuvent effectivement se contenter d'exécuter les directives délivrées par le tiers, par crainte que l'enfant ne leur soit retiré ou de

¹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide précité, Intervenir à domicile pour la protection de l'enfant, Doc. fr.*, février 2008, p. 5.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 778.

³ Art. L. 223-2, al. 1^{er} C. act. soc. et fam.

⁴ Art. L. 223-5, al. 1^{er} C. act. soc. et fam.

susciter un intervention accrue de la puissance publique, avec une assistance judiciaire. *De facto*, l'autorité parentale est en réalité exercée par le tiers. Une analyse similaire est possible quand le mineur est accueilli hors du domicile familial.

2/ L'accueil du mineur hors du domicile familial

174. L'insuffisance de l'intervention au domicile de la famille. – L'aide et l'action à domicile peuvent se révéler insuffisantes pour protéger les mineurs appartenant à l'une des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles. Un placement de l'enfant hors du domicile familial peut alors être nécessaire. La diversification des mesures de protection découlant de la loi du 5 mars 2007¹ permet toutefois d'éviter un placement permanent du mineur. Désormais, des séparations ponctuelles et moins traumatisantes peuvent être proposées à la famille². Ce renouvellement des modes d'assistance de la famille par une prise en charge du mineur hors du domicile familial peut ainsi prendre plusieurs formes (a). Cela permet notamment de faire face à des situations familiales qui ne sont pas suffisamment dégradées pour justifier une séparation complète du mineur et de sa famille. Néanmoins, le caractère problématique de ces situations ne permet pas d'envisager une présence permanente de l'enfant dans sa famille³, ce qui a inévitablement des conséquences sur la manière dont les parents pourront exercer leurs prérogatives (b).

a/ Les formes de l'accueil du mineur hors du domicile familial

175. La dualité des formes d'accueil du mineur. – Le développement de formules alternatives au placement socio-administratif a permis d'apporter une certaine souplesse au dispositif commun de protection du mineur (i). A l'inverse, il est parfois nécessaire de retirer l'enfant de son milieu de vie habituel (ii). La prise en charge quotidienne de l'enfant est alors assurée par la puissance publique, mais cela suppose la mise en œuvre d'un accompagnement individualisé des parents⁴.

¹ L. n° 2007-293 précitée.

² HUYETTE (M.), précité, *AJfam.*, 2007, p. 54. Egalement : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 775.

³ SOUCHER (M.), précité, in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et *al.*, *op. cit.*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 59.

⁴ En ce sens : PEDRON (P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012, § 1112.

i/ L'intervention au domicile familial combiné à des séparations
ponctuelles

176. L'accueil à la journée. – L'accueil de jour est organisé à l'article L. 222-4-2 du Code de l'action sociale et des familles. Il peut être sollicité par les parents ou proposé par le service de l'ASE. Il est alors décidé par le président du Conseil général avec l'accord des parents. L'accueil à la journée est principalement réalisé à l'extérieur du domicile familial. Il permet de suivre des mineurs « *en conflit avec la famille et souvent en rupture scolaire mais dont la situation n'est pas suffisamment critique pour nécessiter une rupture totale avec le milieu familial* »¹. La mesure est en principe assurée à proximité du domicile familial². La fréquence de l'accueil est susceptible de varier pour offrir une large ouverture d'action et répondre aux attentes de mineurs en souffrance socio-éducative et pour lesquels une séparation de la famille n'est pas opportune. De ce point de vue, il est possible d'adapter dans le temps l'assistance de la famille aux besoins du mineur, de ses parents et à l'évolution de la situation familiale. L'accueil de jour permet d'offrir un soutien psycho-éducatif élargi ou un accompagnement social et/ou scolaire au mineur, tout en garantissant aux parents une assistance dans l'exercice de leur fonction parentale. Cette prestation est véritablement axée sur la protection de l'enfant, mais la place primordiale des parents n'est pas oubliée. Les services doivent les aider au quotidien³. L'accueil de jour s'organise « *autour de la prise en compte de difficultés éducatives et du soutien à la parentalité* »⁴. A cet effet, le service en charge de la mesure doit « *veiller à la pertinence et au bon déroulement de la prestation, à la continuité et à la cohérence des actions menées* »⁵ auprès de la famille.

177. L'accueil périodique. – L'article L. 222-5, 1° du Code de l'action sociale et des familles organise un hébergement modulable de l'enfant hors de sa famille. Cette prestation d'ASE se traduit en réalité par un accueil périodique du mineur par le service de l'ASE, sur décision du président du Conseil général. Cette mesure d'assistance socio-administrative de la famille nécessite également le consentement des parents lorsqu'ils ne sollicitent pas eux-mêmes la prestation d'ASE. L'hébergement périodique permet d'accueillir un mineur qui ne peut rester

¹ SOUCHER (M.), précité, in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al., *op. cit.*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 60.

² Cette précision est issue de l'article L. 222-4-2 du Code de l'action sociale et des familles.

³ NAVES (P.) et al., *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 131.

⁴ NAVES (P.) et al., *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 132. Dans le même sens : BERNIGAUD (S.), « Les enjeux de la réforme de la protection de l'enfance », *Dr. famille*, 2007, étude n° 23.

⁵ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide* précité, *Intervenir à domicile pour la protection de l'enfant*, *Doc. fr.*, février 2008, p. 10.

provisoirement dans son milieu de vie actuel, car sa situation requiert un hébergement à temps partiel et modulable en fonction de ses besoins, notamment de stabilité affective¹. La mesure organise un accueil du mineur en dehors du domicile familial et une présence dans la famille. L'accueil peut être ponctuel, mais aussi répété selon des fréquences déterminées et ajustables dans le temps pour répondre à l'évolution de la situation familiale. La modularité de l'hébergement participe donc à l'essence de la mesure de protection, ce d'autant plus que l'alternance entre le temps en famille et l'hébergement permet de faire face à des périodes de crise ou de conflit familial. En somme, l'accueil périodique permet de relayer l'intervention à domicile, mais il peut également « *intervenir pour préparer un placement ou être un temps de prise en charge relais en vue de préparer le retour de l'enfant au domicile de ses parents* »². Dans ce cadre, la mesure permet un retour progressif de l'enfant dans sa famille. L'idée consiste à permettre « *une adaptation complète de l'enfant à son cadre familial* »³, dans la continuité du travail accompli et avec l'assistance du service qui a accueilli le mineur. Cet accueil séquentiel⁴ suppose cependant une contribution active des parents à la mesure d'assistance de sa famille⁵.

ii/ Le placement socio-administratif de l'enfant

178. L'accueil provisoire du mineur hors du domicile familial. – Certains mineurs ne peuvent rester provisoirement dans leur milieu de vie habituel. Ils peuvent dès lors faire l'objet d'un accueil à temps complet à l'extérieur du domicile familial⁶. Cet accueil provisoire résulte d'un placement « volontaire » par les parents, étant donné que leur accord est nécessaire. Il convient toutefois de nuancer cette affirmation. En effet, le placement socio-administratif est décidé par le président du Conseil général sur proposition du service de l'ASE ou des parents. Dans le second cas, le placement est effectivement volontaire car les difficultés rencontrées conduisent les parents à solliciter la mesure d'accueil temporaire. Les titulaires de l'autorité parentale font dès lors un usage adéquat de leurs prérogatives. Au contraire, dans la première hypothèse, les parents ont un comportement passif. Le placement est sollicité par l'ASE en raison du danger encouru par l'enfant dans sa famille. De ce fait, le consentement des parents est implicitement contraint puisqu'en cas de refus, une saisine du juge des enfants sera réalisée par

¹ Art. L. 222-5, 1° C. act. soc. et fam.

² MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide pratique Protection de l'enfance, L'accueil de l'enfant et de l'adolescent protégé, Doc. fr.*, février 2008, p. 12.

³ SOUCHER (M.), précité, in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et *al.*, *op. cit.*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 61.

⁴ ROSENCZVEIG (J.-P.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 57.

⁵ NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 134.

⁶ Art. L. 222-5, 1° C. act. soc. et fam.

l'intermédiaire du procureur de la République¹. L'accord des représentants légaux n'en est pas moins impératif. Ils doivent par ailleurs être associés à la mesure de placement dès l'origine. L'objet de cette forme d'assistance socio-administrative de la famille n'est pas « *d'écarter l'enfant d'une famille jugée pathogène* », comme cela a pu être antérieurement pratiqué, « *mais plutôt de l'aider à surmonter une crise passagère* »² afin de permettre le retour de l'enfant dans sa famille le plus rapidement possible.

L'accueil provisoire permet d'aider des familles dont les conditions de vie ne permettent pas de maintenir momentanément l'enfant dans sa famille. Ces difficultés peuvent être de tout ordre : maladie d'un parent, difficultés financières, absence de soutien et de solidarité familiale, carences éducatives avérées. La prise en charge permanente de l'enfant sera réalisée par l'ASE qui devra associer les parents à la mesure de protection et rechercher leur collaboration, ce d'autant plus que l'accueil du mineur demeure temporaire. D'autres solutions peuvent cependant être mises en œuvre. Le mineur peut être hébergé par les grands-parents, selon des modalités définies par l'ASE, et avec l'accord des parents. Dans cette hypothèse, l'enfant est toujours accueilli par le service de l'ASE qui confie son hébergement aux grands-parents. Cette modalité d'accueil provisoire garantit un maintien effectif des liens familiaux et favorise le travail avec les parents sur la question de l'exercice de l'autorité parentale. Il n'en demeure pas moins que cette formule n'est pas toujours possible. L'existence d'un conflit familial aigu et la volonté des parents de s'opposer aux relations entre l'enfant et ses grands-parents³, notamment si ces derniers sont à l'origine de l'information préoccupante, peuvent faire obstacle à cette forme d'accueil. Dès lors, il convient d'accompagner la famille dans ses difficultés éducatives selon un dispositif classique, tout en rappelant aux parents l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations avec ses grands-parents. Des conflits futurs pourraient en outre être évités⁴.

179. L'accueil spécialisé du mineur hors du domicile familial. – Lorsque la famille rencontre des difficultés susceptibles de mettre le mineur en danger, le législateur a organisé l'accueil provisoire de l'enfant hors du domicile familial. Néanmoins, des mineurs rencontrent des difficultés particulières liées à « *des troubles psychologiques ou psychiatriques requérant une prise en charge médico-sociale pluridisciplinaire* »⁵. Un accueil spécialisé, notamment par un

¹ Art. L. 226-4 C. act. soc. et fam. ; *supra*. § 149.

² PEDRON (P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012, § 988.

³ L'enfant appartient dès lors à l'une des catégories modernes de mineurs victimes de leurs familles (*infra*. § 413).

⁴ Sur l'ensemble de ces éléments : BERNIGAUD (S.), « Les droits des grands-parents dans le cadre de l'enfance en danger », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 123.

⁵ LHUILLIER (J.-M.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009, p. 102.

service de pédopsychiatrie, peut donc s'avérer nécessaire pour protéger l'enfant. La généralité de la lettre de l'article L. 222-1, 1° du Code de l'action sociale et des familles permet d'envisager des modalités adaptées de prise en charge du mineur. En effet, cette disposition évoque la nécessité d'un accueil spécialisé, familial, dans un établissement ou dans un service expérimental voire dans un lieu de vie¹. A nouveau, l'adhésion des parents à l'accueil du mineur est impérative. Cela est d'autant plus vrai que le placement implique un mode de prise en charge particulier de l'enfant pouvant impacter directement l'exercice de l'autorité parentale.

b/ Les conséquences de l'accueil du mineur hors du domicile familial sur l'autorité parentale

180. Accueil du mineur et exercice de l'autorité parentale. – Le mineur, faisant l'objet d'un accueil de jour ou d'un hébergement périodique, reste soumis à l'autorité de ses parents. En réalité, les conditions dans lesquelles s'exercent les prérogatives des père et mère s'avèrent identiques à celles régissant l'exercice de l'autorité parentale dans l'hypothèse d'un accueil provisoire de l'enfant par l'ASE ou par un service spécialisé. En effet, ces différentes mesures impliquent une « *rupture de la cohabitation entre les parents et l'enfant* »². L'article L. 223-2, *in fine* du Code de l'action sociale et des familles prévoit, en cas de recueil provisoire de l'enfant par le service de l'ASE à la demande des parents, qu'aucune mesure prise par le service ne peut « *porter atteinte à l'autorité parentale que détiennent le ou les représentants légaux de l'enfant, et notamment au droit de visite et au droit d'hébergement* »³. Il n'est donc pas « *mis fin aux droits d'autorité parentale du fait du placement* »⁴. Les parents conservent tous les attributs de leur autorité à l'exception de celui relatif à l'hébergement du mineur⁵ ou à la surveillance du mineur quand celui-ci fait l'objet d'un accueil. En d'autres termes, malgré le transfert de la garde de fait à l'ASE et alors même que ce service assume la responsabilité éducative de l'enfant, celui-ci ne dispose d'aucun droit à l'égard du mineur⁶. Les parents autorisent seulement les services du

¹ *Infra.* § 199 ; art. D. 316-3 C. act. soc et fam.

² DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 209.

³ C'est la raison pour laquelle aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission dans le service de l'ASE ne peut être prise sans l'accord écrit du ou des représentants légaux (art. L. 223-2, al. 1^{er} C. act. soc. et fam.). Ce principe s'applique également dans l'hypothèse d'un renouvellement de la mesure au bout d'un an (art. L. 223-5, al. 1^{er}, R. 223-5 et R. 223-6 C. act. soc. et fam.). Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose que le service de l'ASE envisage avec les parents l'opportunité d'une mesure plus pérenne comme une délégation d'autorité parentale (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 53 et s., spé. p. 56).

⁴ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 336, spé. p. 527.

⁵ LHUILLIER (J.-M.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009, p. 193.

⁶ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 210-211.

Conseil général à prendre en charge quotidiennement l'enfant. A ce titre, le service de l'ASE peut uniquement accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation du mineur afin d'orienter sa vie au quotidien¹. C'est le sens du 4° de l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles selon lequel l'ASE a pour mission de « *pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés au service et veiller à leur orientation, en collaboration avec leur famille ou leur représentant légal* ».

Afin de faciliter la prise en charge quotidienne du mineur accueilli dans une famille, dans le cadre d'un accueil provisoire², le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de reconnaître les prérogatives de la famille d'accueil³. L'article L. 223-1, alinéa cinquième du Code de l'action sociale et des familles, relatif au projet pour l'enfant, serait complété afin de pouvoir autoriser l'assistant familial à mettre en œuvre des actes usuels quotidiens sans devoir en référer au service gardien, mais tout en respectant les droits parentaux et l'autorité du service gardien. L'idée consiste à faciliter la vie quotidienne de l'enfant et à éviter qu'il ne se retrouve dans une situation différente de celles d'autres enfants non placés. Les prérogatives quotidiennes habituellement exercées par l'assistant familial seraient ainsi déterminées entre le président du Conseil général et les titulaires de l'autorité parentale. Le projet pour l'enfant préciserait également la manière dont les parents seraient impliqués dans la vie du mineur. Cette proposition de droit prospectif, reprise par le rapport d'information sur l'évaluation de l'application de la loi 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance⁴, doit être approuvée. Elle permet d'assurer une cohérence de la prise en charge de l'enfant victime de sa famille tout en évitant une discrimination des mineurs accueillis par rapport aux autres.

A contrario, l'accord des parents est requis pour l'accomplissement d'un acte non usuel de l'autorité parentale⁵. Cela montre que les parents sont assistés dans l'exercice de leur autorité et non pas remplacés. L'orientation scolaire, professionnelle ou religieuse dépend des parents⁶. Il

¹ En ce sens : ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 336, spé. p. 527.

² Ainsi que dans l'hypothèse où l'enfant est accueilli dans une famille au titre d'une mesure d'assistance éducative.

³ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 40 et s.

⁴ DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 72, proposition 34.

⁵ L'acte non usuel est un « *acte qui, rompant avec la pratique antérieurement suivie, engage l'avenir de l'enfant* » ou qui affecte ses droits fondamentaux (MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1602 ; LEONETTI (J.), *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, *Doc. fr.*, 2009, p. 55 ; *proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, art. 4). En outre, rien n'empêche le service de l'ASE de rechercher l'accord des parents le plus souvent possible pour l'accomplissement d'actes usuels (LHUILIER (J.-M.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009, p. 195).

⁶ Une concertation entre le service de l'ASE et les parents doit donc s'instaurer pour la détermination des modalités de l'éducation et de l'orientation religieuse de l'enfant (ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 337. Egalement en ce sens : LHUILIER (J.-M.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009, p. 198).

n'en demeure pas moins que c'est le service qui est chargé de veiller au respect de l'obligation scolaire, cette prescription étant d'ailleurs accomplie conformément à la volonté des parents. Dans le même sens, les père et mère doivent consentir aux examens, soins médicaux ou opérations chirurgicales nécessités par l'état de santé du mineur et auxquels le président du Conseil général souhaite faire procéder¹. Une solution identique s'applique quand ce dernier accomplit des démarches pour l'établissement de documents administratifs comme une carte d'identité ou lorsqu'il souhaite organiser un déplacement de l'enfant². De la même manière, l'organisation des relations de l'enfant avec des tiers relèvent toujours des pouvoirs des parents. Ils doivent indiquer sur le formulaire de prise en charge du mineur l'identité des personnes qui sont autorisées à entretenir des relations avec l'enfant et les conditions d'exercice de celles-ci³.

181. Un transfert implicite des droits parentaux au profit de l'ASE. – Lorsque le mineur est accueilli provisoirement par l'ASE, « *il appartient au service et aux parents de définir l'étendue des prérogatives confiées par les parents, sans pour autant qu'il y ait délégation d'autorité parentale* »⁴. Cela signifie que les parents ne cèdent ni ne renoncent à leur autorité parentale, que ce soit son exercice ou sa titularité⁵. Ils n'abandonnent pas leurs prérogatives au profit du service de l'ASE⁶. Ils se trouveraient donc dans une situation proche de celle définie à l'article 373-4 du Code civil. Le tiers, c'est-à-dire le service de l'ASE, n'est investi ni de l'exercice de l'autorité parentale ni du pouvoir de direction du mineur. La loi l'autorise uniquement à accomplir les actes anodins de la vie courante⁷. Aucun pouvoir relativement à la garde juridique de l'enfant ne devrait être confié à l'ASE. Cette restriction est d'autant plus justifiée si une définition stricte de la garde est adoptée : « *décisions importantes relatives à la personne du mineur et fixation du domicile du mineur* »⁸. En réalité, l'accueil provisoire du mineur par le service de l'ASE « *emporte un transfert des droits parentaux non reconnu par le*

¹ L'ASE peut faire admettre un mineur dans un service hospitalier s'il n'est pas possible de joindre les parents (art. 1112-34 C. santé pub.). Au demeurant, il ne peut pas autoriser une opération chirurgicale à la place des titulaires de l'autorité parentale, hors le cas d'urgence et sauf à saisir le ministère public afin de provoquer des mesures d'assistance éducative pour faire procéder aux soins qui s'imposent lorsque la santé ou l'intégrité du mineur sont compromises (art. 1112-35 C. santé pub.). En ce sens : VERDIER (P.), NOE (F.), *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : Dunod, 2008, p. 403.

² Il convient ici de distinguer le déplacement sur le territoire national, qui nécessite *a minima* l'information des parents, du déplacement hors du territoire national, qui suppose impérativement l'accord des représentants légaux (VERDIER (P.), NOE (F.), *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : Dunod, 2008, p. 398-399).

³ Art. R. 223-5, 4^o C. act. soc. et fam.

⁴ RAYMOND (G.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 470. Dans le même sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 211.

⁵ Art. 376 C. civ.

⁶ En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 211.

⁷ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1002. Egalement : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 212.

⁸ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1002.

droit »¹. Celui-ci est d'ailleurs réalisé sans intervention judiciaire. C'est le sens de la décision *Département des Côtes d'Armor* du Conseil d'Etat².

L'admission de l'enfant au service de l'ASE entraînerait *ipso facto* le transfert du pouvoir d'organisation, de contrôle et d'organisation de la vie du mineur, c'est-à-dire la garde juridique de celui-ci, au département. Il est vrai que la remise volontaire de l'enfant à l'ASE fait cesser la cohabitation juridique entre l'enfant et ses père et mère puisque le mineur n'a plus sa résidence habituelle au domicile des parents ou de l'un d'eux³. Un transfert de pouvoir est donc organisé au profit du département. Cette idée est également renforcée par le fait que l'ASE ne peut pas « assurer la garde de l'enfant au-delà de la date fixée par la décision de placement »⁴.

D'autres restrictions sont apportées aux droits des parents. D'une part, la fixation des modalités suivant lesquelles est assuré le maintien des liens entre l'enfant et ses parents, et notamment les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de visite et d'hébergement, traduit une limitation des prérogatives parentales⁵. Si ces modalités sont imposées pour tenir compte du mode de placement, des conditions normales de la vie familiale ou du règlement intérieur de l'établissement, il n'en demeure pas moins qu'elles caractérisent une atteinte à la liberté des parents de voir l'enfant quand ils le souhaitent et ce d'autant plus qu'il exercent normalement l'autorité parentale⁶. D'autre part, la détermination du lieu et du mode de placement nécessite l'accord parental étant donné qu'il s'agit d'un attribut de l'autorité des parents. Cette exigence vaut également pour les enfants déjà admis. Néanmoins, l'alinéa sixième de l'article L. 223-2 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que « l'accord des représentants légaux ou du représentant légal est réputé acquis si celui-ci n'a pas fait connaître son opposition dans un délai de quatre semaines à compter du jour où il a reçu la notification de la demande du service, ou de six semaines à compter de la date d'envoi s'il n'a pas accusé réception de la notification ». Or, si les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale, en particulier la garde et le pouvoir de direction du mineur, aucune décision concernant le lieu de placement ne devrait pouvoir être pris sans leur accord exprès et préalable⁷. Cela est d'autant plus vrai qu'en

¹ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 212.

² CE, 3^e et 8^e s.-sect. réunies, 26 mai 2008, *Département des Côtes d'Armor*, n° 290495.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 14.

⁴ Art. R. 223-6, 1^o C. act. soc. et fam. En outre, le 2^o de cette disposition prévoit que les parents sont tenus d'accueillir à nouveau leur enfant à l'expiration de la mesure d'accueil, sauf s'ils demandent le renouvellement du placement.

⁵ Art. R. 223-5, 3^o C. act. soc. et fam.

⁶ En ce sens : DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 211.

⁷ A cet égard, le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose d'encadrer les modifications des conditions de vie de l'enfant en cours de placement, lorsque celui-ci a été décidé dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative ou d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale. La proposition consiste à éviter toute modification unilatérale du lieu de vie du mineur par le service de l'ASE. Le groupe de travail souhaite que cette

principe, ce sont les parents qui déterminent le lieu où résidera l'enfant. Ce choix s'impose par ailleurs aux tiers. L'accueil du mineur hors du domicile familial entraîne inévitablement une restriction à l'exercice des attributs des droits de garde et de surveillance¹. Une atteinte à l'exercice de l'autorité parentale est dès lors organisée, que seul le juge des enfants devrait pouvoir prononcer.

Section 2. L'assistance judiciaire de la famille

182. Nature et objet de la procédure d'assistance éducative. – L'assistance éducative est une « *institution auxiliaire originale de l'autorité parentale* »². Elle est souvent « *présentée comme une limite à l'autorité parentale, révélatrice du fait que les droits qui en découlent sont des droits-fonctions qui doivent être exercés dans l'intérêt de l'enfant* »³. C'est donc une procédure d'aménagement de l'exercice de l'autorité par les parents de l'enfant victime de sa famille et non un mécanisme de substitution de cette autorité. Cet instrument permet de réguler une autorité parentale défaillante en raison des carences de ses titulaires, puisque les parents sont directement à l'origine du danger pour le mineur ou ne sont pas en mesure d'y remédier sans une assistance de la puissance publique. En effet, la réalité de la vie familiale et la détermination des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles montrent que les familles n'assurent pas toujours leur rôle éducatif envers le mineur. De ce point de vue, l'assistance éducative peut être perçue comme un dispositif de contrôle de l'exercice de l'autorité parentale. Or, cette procédure ne tend pas à sanctionner les parents. Son objet premier est d'assister et de soutenir les parents dans l'exercice de leurs prérogatives, afin de mettre fin aux difficultés à l'origine du danger pour l'enfant. Dès lors, les père et mère demeurent titulaires de l'autorité parentale et continuent, en principe, à exercer tous les attributs qui y sont attachés. Par conséquent, la procédure d'assistance éducative tend à restaurer l'autorité des parents (§ 1). Il n'en demeure pas moins que le juge des enfants peut imposer à la famille des mesures variées afin de garantir la protection du mineur, et cela même s'il doit en principe recueillir son adhésion⁴. L'assistance éducative « *est longtemps*

décision soit débattue de manière contradictoire avec les père et mère du mineur, mais aussi avec la famille d'accueil et l'enfant capable de discernement. L'avis du magistrat à l'origine de la mesure serait ainsi requis (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 42 et s. ; voir également : DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 73, proposition 35 ; voir *infra*. § 199).

¹ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 211.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o assistance éducative.

³ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), précité, in SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 287.

⁴ Art. 375-1, al. 2nd C. civ.

restée une procédure à la marge du droit »¹, notamment parce que les mesures étaient prises au nom de l'intérêt de l'enfant. Cette procédure possède ainsi certaines particularités (§ 2), celles-ci tenant au fait que l'enfant a besoin d'être protégé contre ses parents.

§ 1/ La restauration de l'autorité parentale

183. L'aide et le conseil apportés à la famille. – L'aide et le conseil apportés à la famille gouvernent le dispositif judiciaire d'assistance de la famille, peu importe que le mineur soit maintenu dans son milieu de vie habituel² ou confié à un tiers³. L'assistance judiciaire de la famille ne peut se concevoir que si ses membres sont étroitement associés au processus de protection du mineur. Une place significative est ainsi accordée aux parents, mais aussi à l'enfant, dans la procédure conduisant au prononcé de la mesure de protection⁴. L'association des parents ne se limite toutefois pas à ces considérations procédurales. Elle se poursuit au cours de l'exécution de la mesure par l'assistance qui est apportée à la famille. Ainsi, nonobstant les carences, les négligences ou les défaillances de la famille, la loi postule que les parents sont toujours à même d'assurer la protection et l'éducation du mineur. La réglementation des relations parents-enfants s'envisage donc dans la confiance, car un crédit est toujours accordé aux parents⁵. En d'autres termes, les père et mère sont à même de mobiliser leurs capacités éducatives au profit de leur progéniture, ce qui justifie que soit restaurée leur autorité (A). Cette assistance de la famille dans la confiance n'est pas toujours possible. Si le législateur favorise cette forme d'accompagnement, il est des situations où une méfiance s'installe à l'égard des parents. L'assistance se fait alors dans la défiance, ce qui conduit, le plus souvent, à séparer l'enfant de ses parents⁶. L'éviction des père et mère se substitue alors à l'objectif de restauration de l'autorité parentale (B).

A/ L'assistance de la famille dans la confiance

184. Le principe du maintien du mineur dans sa famille. – La décision de confier le mineur victime de sa famille à un tiers n'est plus la mesure privilégiée par le législateur lorsque le

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 775.

² Art. 375-2, al. 1^{er} C. civ.

³ Art. 375-4, al. 1^{er} C. civ.

⁴ *Infra.* § 210.

⁵ KIMMEL-ALCOVER (A.), « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS*, 2013, p. 132.

⁶ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

juge statue en assistance éducative¹. Le législateur considère effectivement que le mineur doit être maintenu dans son milieu de vie actuel chaque fois que cela est possible². Ce maintien de l'enfant dans sa famille, s'il est compatible avec les exigences de sa protection, doit permettre d'éviter une rupture des liens familiaux. Il favorise également l'exercice de l'autorité parentale par ses titulaires, puisque ces derniers « *continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables* »³ avec la mesure. De ce point de vue, les parents sont en mesure de réinvestir leur fonction et leur autorité par une participation active à la mesure de protection, sans qu'il soit porté un jugement de valeur sur la manière dont ils ont précédemment exercé leurs prérogatives⁴. Le maintien du mineur dans son milieu de vie habituel démontrerait qu'il est toujours possible de faire confiance aux parents, mais aussi que l'enfant n'est pas totalement victime de sa famille. Il existe un espoir que la situation s'améliore dans son intérêt supérieur. Le maintien du mineur dans sa famille n'aura cependant de sens que si le juge des enfants a recours à un suivi éducatif du mineur. En ce sens, le maintien du mineur dans son milieu de vie actuel ne présente un réel intérêt que si le magistrat envisage une assistance de la famille⁵. Cet accompagnement se traduit par une mesure d'AEMO. En effet, l'article 375-2, alinéa premier du Code civil dispose que dans le cas où le mineur est maintenu dans son milieu de vie habituel, « *le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant* ».

185. L'action éducative en milieu ouvert. – L'AEMO est une mesure d'assistance éducative ordonnée par le juge des enfants pour une durée maximale de deux ans⁶. L'accord des parents n'est pas nécessaire même si le juge des enfants doit s'efforcer de rechercher l'adhésion de la famille⁷. Cette aide au domicile de la famille pourra être mise en œuvre par une personne qualifiée ou un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert⁸ comme

¹ En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.181.

² Art. 375-2, al. 1^{er} C. civ.

³ Art. 375-7, al. 1^{er} C. civ.

⁴ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132. Selon l'auteur, ce postulat n'est néanmoins efficient que si les parents eux-mêmes sollicitent le juge des enfants, car cela montre de leur part une prise de conscience des difficultés qu'ils rencontrent.

⁵ En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.181.

⁶ Art. 375, al. 3 C. civ.

⁷ *Infra.* § 217 et s.

⁸ Art. 375-2, al. 1^{er} C. civ.

l'ASE, qui ne peut pas invoquer un manque de moyen pour refuser d'exécuter une mesure d'AEMO¹. Un service d'éducation spécialisée et de soins à domicile peut également être mandaté si l'enfant présente des troubles du comportement qui ne relèvent pas d'un handicap sensoriel ou mental². A cet égard, l'intervention du tiers auprès de la famille permet d'observer la manière dont les parents élèvent leurs enfants ou répondent à leurs besoins fondamentaux³. La confiance accordée à la famille est donc relative. Elle se fait sous la surveillance d'un tiers.

L'AEMO doit permettre à la famille de surmonter les difficultés matérielles et morales qu'elle rencontre. Elle s'inscrit dans une démarche éducative car « *il semble bien qu'il s'agisse d'éduquer la famille pour que celle-ci éduque correctement* »⁴ l'enfant. L'idée consiste à donner aux parents la possibilité de déployer leurs aptitudes éducatives, sans davantage les contrôler dans une optique de police des familles⁵. C'est en ce sens que l'assistance de la famille est réalisée dans la confiance. A cet effet, un accompagnement est offert aux parents pour l'éducation de l'enfant⁶ ou pour permettre l'élaboration de relations structurées avec celui-ci⁷.

L'AEMO peut être mise en œuvre dans le cadre d'une intervention dans le milieu de vie habituel du mineur, c'est-à-dire dans sa famille, mais pas uniquement. Elle est aussi possible lorsque l'enfant a été confié à l'autre parent, à un autre membre de la famille ou à un tiers digne

¹ L'article L. 228-3 du Code de l'action sociale et des familles n'interdit pas que les mesures d'AEMO ordonnées en application de l'article 375-2 du Code civil soient exercées par le service de l'ASE (Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 230 ; *RJPF* 2001-1/47, note BLANC (A.-M.) ; *D.*, 2001, p. 1054, note HUYETTE (M.)). Par conséquent, les Conseils généraux sont obligatoirement tenus d'exercer une mesure d'AEMO prononcée par le juge des enfants même s'ils ne sont pas dotés d'un service spécifique pour celles-ci. L'absence de moyens ou de personnels ne permet pas au président du Conseil général de refuser d'exécuter la mesure, ce d'autant plus qu'il doit organiser sur une base territoriale les moyens nécessaires à l'accueil et à l'hébergement des mineurs qui lui sont confiés (art. L. 221-2, al. 2 C. act. soc. et fam.). L'argument du défaut de moyen avancé par le président du Conseil général ne peut ni justifier un refus de prise en charge du mineur ni le dégager de son obligation de protection (DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 377). L'arrêt du 3 octobre 2000 de la Cour de cassation a « *le mérite de faire prévaloir la protection de l'enfant sur l'absence d'équipements* » (DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 378 ; en ce sens : HUYETTE (M.), « Le juge des enfants qui confie un mineur à l'ASE peut imposer son orientation en famille d'accueil, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001 », *D.*, 2001, p. 2151). Cette solution s'inscrit dans la continuité de l'article 19 de la CIDE. Elle assure la conformité du dispositif français aux prescriptions de la Cour de Strasbourg qui imposent aux Etats l'obligation de protéger l'enfant victime de sa famille (Cour EDH, gr. ch., *Z. c/ Royaume-Uni* précité, § 74 ; voir également : Cour EDH, *E. et autres c/ Royaume-Uni* précité, § 100).

² TGI Caen, Juge des enfants, 23 mai 2000, Jurisdata n° 2000-156885.

³ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 114.

⁴ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 509.

⁵ En ce sens : CA Riom, 29 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106091.

⁶ CA Riom, 9 novembre 1999, Jurisdata n° 1999-101933 – CA Riom, 8 février 2000, Jurisdata n° 2000-110766 – CA Riom, 14 mars 2000, Jurisdata n° 2000-113791 – CA Riom, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-140964 – CA Riom, 12 juin 2001, Jurisdata n° 2001-149022.

⁷ CA Pau, 23 avril 1986, Jurisdata n° 1986-041992 – CA Douai, 15 mai 1990, Jurisdata n° 1990-051206 – Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1994, *Bull. civ. I*, n° 78 – CA Toulouse, 25 août 1994, Jurisdata n° 1994-046379 – CA Paris, 24 février 1995, Jurisdata n° 1995-020577 – CA Paris, 24 novembre 1995, Jurisdata n° 1995-024795 – CA Pau, 26 mai 1997, Jurisdata n° 1997-044300 – CA Riom, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-110757 – CA Riom, 14 mars 2000, Jurisdata n° 2000-138095 – CA Riom, 13 février 2001, Jurisdata n° 2001-135637 – CA Riom, 13 mars 2001, Jurisdata n° 2001-140964 – CA Riom, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-140963 – CA Riom, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-140962 – CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219079.

de confiance, voire à un établissement privé¹. Cette pratique des doubles mesures permet au juge des enfants d'assortir au placement une mesure d'AEMO, afin notamment de veiller au bon déroulement de la mesure de protection. Le magistrat ne peut néanmoins pas ordonner une AEMO si l'enfant a été retiré de sa famille et placé auprès du service de l'ASE². Certains juges des enfants ont toutefois eu recours à cette pratique judiciaire, ce que les présidents des Conseils généraux ont contesté. Ces derniers devaient financer ces doubles mesures. Or, « *le financement des mesures de protection de l'enfance est un enjeu fondamental pour les départements* »³. En outre, l'action éducative menée par l'ASE à l'occasion de la mesure de placement semble suffisante pour garantir la continuité du suivi du mineur bien que dans les faits, il soit possible d'affirmer le contraire⁴. La Cour de cassation a ainsi censuré les magistrats qui avaient recours à cette pratique⁵. Ces derniers peuvent cependant subordonner le placement et surtout le maintien de l'enfant dans son milieu de vie actuel « *à des obligations particulières, telles que celle de 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* »⁶.

186. L'AEMO conditionnée à l'accomplissement de formalités particulières. – Le juge des enfants peut subordonner le maintien de l'enfant dans sa famille et le recours à une AEMO à l'accomplissement de certaines obligations particulières. Cette possibilité permet d'individualiser la réponse judiciaire aux particularités de chaque situation. Se traduisant par des obligations de faire ou de ne pas faire, elle permet de prendre en compte les spécificités de la famille et des difficultés qu'elle rencontre, afin de mettre fin au danger. L'imprécision de la formule employée à l'alinéa troisième de l'article 375-2 du Code civil permet de penser que ces obligations peuvent être imposées au mineur, mais également aux parents. Cela est d'autant plus vrai que le danger ou les dysfonctionnements familiaux constatés proviennent le plus souvent des père et mère. Il paraît donc cohérent de leur imposer des obligations même si cela restreint

¹ Art. 375-3, al. 1^{er}, 1^o, 2^o, 4^o et 5^o et 375-4, al. 1^{er} C. civ. combinés.

² Art. 375-3, al. 1^{er}, 3^o et 375-4, al. 1^{er} C. civ. combinés. Il convient de noter que le placement de l'enfant sous la tutelle de l'ASE (art. 411 C. civ.) et son admission en qualité de pupille de l'Etat à ce titre (art. L. 224-4, 4^o C. act. soc. fam.) ne font pas obstacle à la poursuite de la procédure d'assistance éducative (Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n^o 340). Au demeurant, l'état de danger est susceptible de disparaître du fait de la mise en place d'une tutelle confiée au service de l'ASE, ce qui justifie la fin de la mesure judiciaire de protection (Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n^o 246).

³ BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.213.

⁴ En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.213.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n^o 229 – Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, *Bull. civ. I*, n^o 128 – Cass. civ. 1^{ère}, 21 septembre 2005, n^o 04-05.117 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, n^o 08-70.462. Voir également : CA Limoges, 4 mars 2013, RG n^o 12/00076.

⁶ Art. 375-2, al. 3 et 375-4, al. 2nd C. civ.

l'exercice de leurs prérogatives¹. Pareillement, si le mineur appartient à une catégorie classique d'enfant victime de sa famille, il ne paraît pas cohérent de n'imposer des obligations qu'à celui-ci. Cette situation met évidemment en cause ses parents et sa famille. C'est la raison pour laquelle il convient d'admettre que le juge des enfants puisse imposer des obligations à tous les membres de la famille, y compris si cela porte atteinte aux libertés individuelles des parents².

L'AEMO conditionnée permet de rendre obligatoire des comportements qui relèvent de l'exercice de libertés individuelles. Elle agit directement sur la manière dont les parents exercent leur autorité, particulièrement dans le domaine de la santé et de l'éducation du mineur³. A titre d'exemple, le juge des enfants peut imposer à l'enfant de suivre une formation professionnelle⁴. Il peut également obliger les parents à faire passer un examen médical à l'enfant⁵ ou à ne pas remettre en cause la prise en charge de l'enfant en hôpital de jour⁶. Le maintien de l'enfant au foyer familial peut aussi être subordonné au respect, par les père et mère, des soins nécessaires qui sont donnés au mineur⁷ ou de l'interdiction de faire sortir les enfants du territoire sans autorisation préalable du juge des enfants, notamment parce qu'ils avaient été placés dans une école religieuse à l'étranger⁸ ou scolarisés dans l'école d'une secte en Inde⁹. Les parents peuvent enfin être contraints de suivre des consultations psychologiques¹⁰ ou de surveiller ses relations personnelles, le cas échéant en ne rencontrant pas certaines personnes¹¹.

Par conséquent, un juge des enfants pourrait-il contraindre des parents à suivre une médiation familiale, une cure de désintoxication ou à trouver un emploi si le fait générateur du danger trouve son origine dans les violences conjugales, l'alcoolisme, l'addiction aux stupéfiants, ou la pauvreté ? Outre qu'elles restreignent l'exercice de l'autorité parentale¹², ces obligations créeraient une grave atteinte aux libertés individuelles des parents¹³. Pour Messieurs Michel HUYETTE et Philippe DESLOGES, le juge des enfants ne devrait que constater ces difficultés sans

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 153 ; NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 126 ; HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 202-203 ;

² ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 59.

³ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 516.

⁴ CA Riom, 13 mars 2001, Jurisdata n° 2001-138095.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, n° 96-05.112.

⁶ CA Riom, 9 novembre 1999, Jurisdata n° 1999-103010.

⁷ CA Amiens, 6 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-354557.

⁸ CA Montpellier, 11 août 1992, *RTD civ.*, 1993, p. 341, obs. HAUSER (J.) – CA Rennes, 9 avril 1993, Jurisdata n° 1993-044713.

⁹ CA Paris, 29 novembre 1983, Jurisdata n° 1983-030902.

¹⁰ CA Paris, 22 décembre 1983, Jurisdata n° 1983-030798.

¹¹ CA Angers, 26 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051372.

¹² Notamment à propos de l'exercice du droit de visite d'un tiers (CA Paris, 11 mars 1993, Jurisdata n° 1993-021168) ou du père (Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 2003, n° 02-05.038).

¹³ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 20, 2008, § 61.

se prononcer sur les moyens d'y remédier, cette décision n'appartenant qu'aux seuls parents¹. Cette forme d'AEMO traduit un jugement de valeur sur la manière dont les parents exercent leur autorité alors que ce n'est pas l'objet de la procédure d'assistance éducative. En effet, ces prescriptions tendent à « *obtenir des parents qu'ils modifient d'eux-mêmes leur attitude, au besoin en leur rappelant que d'autres mesures* »² sont possibles, notamment le placement de l'enfant auprès d'un tiers s'ils ne respectent les obligations qui leurs sont imposées³. Les père et mère « *se voient dicter une ligne de conduite, un comportement qui normalement devrait relever de leur choix personnel et de leur liberté* »⁴. La confiance qui leur accordée est relative, car le juge dispose d'un droit de regard sur la façon dont les parents accomplissent leurs devoirs envers leur progéniture. L'exercice de l'autorité parentale s'en trouve nécessairement impacté.

187. Le maintien de principe de l'exercice de l'autorité parentale. – Lorsque le mineur victime de sa famille fait l'objet d'une mesure d'AEMO, « *les atteintes aux prérogatives parentales sont relativement faibles ou modérées* »⁵. Les parents de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent d'exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Mais, ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants⁶. Les parents exercent sans restriction tous les attributs de l'autorité parentale à l'égard de la personne de l'enfant. Cela est d'autant plus vrai que le mineur réside toujours avec sa famille. Il cohabite avec ses parents. Nonobstant l'intervention d'un service d'AEMO, les parents demeurent donc civilement responsables du fait des dommages causés par leurs enfants mineurs en application du quatrième alinéa de l'article 1384 du Code civil. Les père et mère conservent la garde juridique du mineur. Ils peuvent fixer la résidence habituelle de l'enfant et accomplir tous les actes liés à leur droit de surveillance et de direction du mineur. C'est à eux que revient de prendre en charge le mode de vie quotidien de leur progéniture. La Cour de cassation a estimé que la décision du juge des enfants, prononçant une AEMO, n'est pas de nature à transférer au tiers intervenant dans la famille tout ou partie de l'autorité parentale. Lors des faits dommageables, le tiers n'avait aucun pouvoir effectif de direction et de surveillance sur le mineur, dont il ne pouvait contrôler le mode de vie. Dès lors, le service d'AEMO, qui n'est pas investi de la charge d'organiser, de diriger et de contrôler à titre

¹ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 204-205.

² GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 519.

³ CA Riom, 9 novembre 1999, Jurisdata n° 1999-103010.

⁴ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁵ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), « Autorité parentale – Assistance éducative – Modalités – Effets », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 93.

⁶ Art. 375-7, al. 1^{er} C. civ.

permanent le mode de vie du mineur, ne peut être déclaré responsable des dommages qu'il a causé¹. L'enfant reste soumis à l'autorité de ses parents en permanence.

La finalité de l'AEMO est d'apporter aide et conseil à la famille². En principe, les intervenants dans la famille n'ont aucun pouvoir de contrainte à l'égard des père et mère. Ils ne peuvent pas se substituer aux parents. Cette action à domicile n'entraîne en théorie aucune atteinte à l'exercice des prérogatives parentales. La pratique est toutefois différente. L'AEMO a un impact non négligeable sur la manière dont les parents vont exercer leur autorité. En effet, la mesure d'assistance éducative n'est jamais « *neutre par rapport à l'autorité parentale* »³. L'ingérence dans la sphère intime des relations familiales provoque nécessairement une atteinte au droit d'autorité des parents. Ceux-ci subissent une forme de contrôle social de leur fonction parentale, ce qui les incite à prendre en compte les conseils prodigués par crainte de l'éventualité d'un placement⁴. L'AEMO a un effet comminatoire. Si l'assistance judiciaire de la famille est réalisée dans la confiance, celle-ci est à nouveau relative. Certes, les père et mère conservent l'exercice de leur autorité mais dans les faits, ils partagent leurs prérogatives avec le tiers.

L'AEMO implique inévitablement un encadrement de la fonction parentale et de la confiance qui est accordée aux père et mère⁵. Cette assistance sous surveillance de la famille a pour objet « *de modifier la vision que les parents ont de leur rôle* » afin qu'ils exercent « *l'autorité parentale selon des valeurs communément admises et respectées par la grande majorité des familles* »⁶. En d'autres termes, l'AEMO constitue « *une véritable atteinte à l'exercice de l'autorité parentale puisque les parents ne sont plus les seuls à assurer la surveillance et l'éducation de l'enfant qui sont pourtant des attributs de l'autorité parentale* »⁷. Les parents perdent une partie de l'effectivité de leurs prérogatives, spécialement si l'AEMO est conditionnée à la réalisation d'obligations particulières. Dans cette situation, « *l'intrusion dans le pouvoir de décision des parents est encore plus nette* »⁸. L'atteinte à l'exercice de certaines prérogatives est alors explicite. D'un point de vue théorique, l'exercice de l'autorité parentale est toujours confié parents, ce d'autant plus que l'enfant vit quotidiennement avec eux. Ces derniers exercent les attributs de leur autorité qui ne sont pas incompatibles avec la mesure d'assistance éducative. Au demeurant, l'exercice de l'autorité est bien restreint en pratique, car si l'altération

¹ Cass. civ. 2^{ème}., 19 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 144.

² Art. 375-2, al. 1^{er} C. civ.

³ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 181.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 426.

⁵ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁶ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 511.

⁷ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 511.

⁸ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 426.

des droits des parents est limitée, elle n'est pas évitée¹. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de constater les domaines de l'autorité parentale qui sont affectés par l'AEMO conditionnée : santé, éducation, droit de visite de l'enfant, relations des parents avec les tiers. L'AEMO conditionnée a ainsi une importance particulière. Elle traduit l'enseignement d'une discipline familiale aux père et mère étant donné qu'ils peuvent être contraints par le juge des enfants d'adopter « *une ligne de conduite, un comportement qui normalement devrait relever de leur choix personnel et de leur liberté* »². L'assistance judiciaire de la famille dans la confiance se fait dès lors sous une étroite surveillance³. Les obligations imposées aux parents visent à les faire comprendre qu'ils doivent modifier leur comportement pour préserver l'enfant du danger. Le maintien du mineur dans sa famille concrétise l'espoir que les parents remédient, avec l'aide de la puissance publique, aux difficultés rencontrées. L'AEMO n'est cependant pas le seul procédé qui permet d'assister la famille dans la confiance.

188. La reconnaissance d'un droit de visite et d'hébergement : une marque de confiance accordée à la famille. – La mesure d'assistance éducative qui organise la séparation durable de l'enfant et de sa famille affecte nécessairement la vie familiale. Ce placement démontre qu'il n'est pas possible de faire confiance à la famille puisque l'enfant est temporairement retiré de son milieu de vie habituel pour être confié à un tiers gardien⁴. Au demeurant, l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement⁵ est une marque de confiance accordée à la famille et plus particulièrement aux parents⁶. En outre, la reconnaissance d'un droit de visite et d'hébergement au profit des parents « *permet d'exercer un certain contrôle sur cette confiance en donnant un cadre aux relations personnelles entre les protagonistes* »⁷. La rupture de l'unité de la cellule familiale ne fait pas obstacle au maintien des relations entre l'enfant et sa famille, qu'il s'agisse des parents ou des grands-parents⁸. L'article 375-7, alinéa quatrième du Code civil précise ainsi que « *les parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement* ». A cet égard, « *le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt*

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 136.

² KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

³ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁴ *Infra*. § 197 et s.

⁵ Le droit d'hébergement n'est qu'une modalité du droit de visite (Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, *Bull. civ. I*, n° 112 – Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n° 299).

⁶ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁷ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 130 ; *D.*, 2010, p. 2343, note HUYETTE (M.) ; *D.*, p. 2092, obs. AUROY (N.) ; *D.*, 2011, p. 1995, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *AJfam.*, 2010, p. 325, obs. DURAND (E.) ; *RTD civ.*, 2010, p. 546, obs. HAUSER (J.) ; *Petites affiches*, 31 mai 2011, n° 107, p. 17, note AUTEM (D.). En ce sens : CA Riom, 12 novembre 2002, *Jurisdata* n° 2002-202446 – CA Riom, 17 décembre 2002, *Jurisdata* n° 2002-219061.

de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien de ses liens avec ses frères et sœurs en application de l'article 371-5 »¹. L'éloignement du mineur de sa famille, s'il traduit une défiance à l'égard de celle-ci, ne s'oppose pas de manière absolue à la poursuite effective des liens familiaux. La mise à distance des parents n'est donc que relative². Il existe toujours une confiance dans leurs capacités éducatives.

C'est au juge des enfants qu'il incombe de déterminer les modalités du droit de visite, d'hébergement et de correspondance des parents³. L'alinéa quatrième de l'article 375-7 du Code civil précise bien que « *le juge en fixe les modalités* »⁴. Le juge des enfants ne peut pas déléguer ce pouvoir à l'établissement d'accueil⁵. Son office l'oblige à définir, en raison des contraintes inhérentes à la situation des parents de l'enfant, la périodicité du droit de visite accordé⁶. Il peut néanmoins accorder à l'établissement d'accueil et aux parents la possibilité de conclure une extension du droit de visite⁷, mais à condition d'avoir précisément fixé un droit de visite et d'hébergement minimal⁸. En d'autres termes, le juge doit préciser « *la fréquence et le lieu où s'exercera le droit de visite, [...] sans avoir à les détailler plus amplement* »⁹. C'est le sens de

¹ Art. 375-7, al. 3 C. civ.

² C'est également le cas pour le placement ordonné en urgence par le procureur de la République. Ce dernier peut, si la situation de l'enfant le permet, fixer la nature et la fréquence du droit de correspondance, de visite et d'hébergement des parents lorsqu'il décide de la remise provisoire de l'enfant à un centre d'accueil ou d'observation (art. 375-5, al. 2 C. civ.). Il peut toutefois réserver cette question au juge des enfants quand il ordonne le placement provisoire du mineur. Les contacts entre l'enfant et sa famille sont alors rompus temporairement.

³ Cette compétence exclusive du juge des enfants est primordiale. Elle permet la tenue d'un débat contradictoire avant toute prise de décision, ce qui évite tout choix discrétionnaire d'un service éducatif (HUYETTE (M.), « La réglementation des droits de visite et d'hébergement en assistance éducative, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998 », *D.*, 1999, jurispr., p. 123).

⁴ Le juge des enfants devra prendre en considération l'état psychique de l'enfant et pas uniquement sa demande personnelle ou celle de ses parents. L'encadrement des contacts parents-enfants doit tenir compte de la constitution physique et psychologique de l'enfant victime face à la présence de ses père et mère et des conséquences de la visite sur sa situation future, en particulier en l'absence de relations entre l'enfant et sa famille. Le magistrat peut donc décider d'élargir le droit de visite et d'hébergement des parents eu égard au caractère relativement satisfaisant des conditions d'exercice par les parents de leur droit, tout en ordonnant le renouvellement de la mesure de placement en raison des graves difficultés d'emploi et de logement des parents, de leur situation financière catastrophique, et de la psychopathologie de la mère qui entraîne des heurts réguliers au sein du ménage (CA Riom, 14 mai 2002, *Jurisdata* n° 2002-182508). De ce point de vue, le juge des enfants peut effectivement contrôler la confiance qui est accordée aux parents malgré la séparation durable du mineur et de sa famille.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 297 ; *D.*, 1999, jurispr., p. 123, note HUYETTE (M.) ; *Dr. famille*, 1998, comm. n° 168, obs. MURAT (P.) – Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2001, n° 99-05.088 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2002, n° 00-05.064 – Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, n° 00-05.070. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-26.444 – Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 13-12.337.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 112. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 528 – Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.863 – Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2014, n° 13-12.337.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 128.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 128 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, n° 04-05.029 – Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-12.712.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 69 – Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 452 – Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, n° 07-12.633. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.863.

l'article 375-7, alinéa cinq du Code de civil¹. Le législateur autorise donc le juge des enfants à fixer un cadre général en déterminant la nature et la fréquence des droits de parents et en laissant au service d'accueil le soin de convenir avec les parents des modalités concrètes de l'exercice du droit de visite et d'hébergement². Malgré la mise à l'écart des parents, consécutive au placement du mineur, le maintien des liens familiaux démontre qu'une confiance leur est toujours accordée³, notamment pour éviter toute rupture préjudiciable dans les relations familiales⁴. Pour le législateur, les père et mère sont toujours en mesure d'exercer leur autorité dans l'intérêt du mineur. Au demeurant, la confiance dans l'aide apportée aux parents n'est pas toujours envisageable. Elle peut laisser place à une défiance qui se manifeste notamment par « *une mise à l'écart ponctuelle des parents* »⁵ dans l'intérêt de l'enfant, voire à une séparation durable du mineur et de sa famille sans droit de visite et d'hébergement au profit des père et mère.

B/ L'assistance de la famille dans la défiance

189. Une mise à distance nécessaire des parents. – Le principe d'une assistance de la famille dans la confiance n'est pas absolu. Il est des situations où il n'est pas envisageable d'impliquer les parents dans la mesure de protection du mineur, ce d'autant plus si ces derniers font eux-mêmes face à de graves difficultés personnelles. Dans cette situation, il paraît nécessaire d'écarter les parents au profit d'un tiers doté de pouvoirs élargis⁶. Une logique identique à celle de l'assistance socio-administrative de la famille animerait donc le dispositif judiciaire d'assistance. L'idée consisterait à aider les mineurs par un accompagnement de la famille quand cela est possible, et lorsque cela ne l'est plus, une suppléance de la famille serait organisée⁷. Pour autant, cette suppléance n'est que relative. Les parents demeurent titulaires de leur autorité, celle-ci n'étant pas confisquée en droit. L'assistance dans la défiance maintient l'espoir d'une

¹ Ce texte dispose que « *si la situation de l'enfant 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 sont 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 transmis. Il est saisi en cas de désaccord* ».

² Ces éléments sont alors formalisés dans le projet pour l'enfant et le magistrat est saisi de tout désaccord sur les conditions d'exercice du droit de visite et d'hébergement (art. L. 223-1 et L. 223-3-1 C. act. soc. et fam.)

³ Par exemple, il a été fait droit à la demande des père et mère d'organiser un droit de visite et d'hébergement alterné une semaine sur deux au domicile de chacun des parents, cette demande étant conforme à l'intérêt supérieur du mineur. Au demeurant, la limitation des appels téléphoniques de la mère a été maintenue afin de ne pas compromettre l'action éducative de l'établissement, qui nécessite une coupure de l'enfant avec son milieu familial (CA Paris, 14 août 2002, Jurisdata n° 2002-189277).

⁴ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 89.

⁵ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁶ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁷ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 285.

restauration de l'autorité parentale même si le recours à une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (1) ou à une mise à l'égard des parents (2) altèrent profondément cet objectif.

1/ La mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial

190. Conditions de mises en œuvre de la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial. – « *Substitut de l'ancienne tutelle aux prestations sociales* »¹, prévue aux anciens articles L. 552-6, L. 167-1 et suivants et R. 167-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, la MJAGBF a été introduite à l'article 375-9-1 du Code civil par la loi du 5 mars 2007². Cette mesure d'assistance éducative³ tend à permettre la maîtrise et la gestion du budget familial par les parents dans l'intérêt du mineur. L'idée consiste à « *protéger les droits de l'enfant pauvre* »⁴. Il faut donc que les prestations sociales ou le revenu de solidarité active (RSA) versés aux personnes isolées⁵ ne soient pas employés pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants et que l'AESF n'apparaisse pas suffisant⁶.

La mise en œuvre d'une MJAGBF n'est possible que si ces deux conditions cumulatives sont réunies⁷. La Cour de cassation s'assure par ailleurs que celles-ci sont effectivement remplies⁸. La MJAGBF peut ainsi être ordonnée alors que les parents n'ont commis aucune faute dans la gestion des prestations familiales. D'une part, cette mesure s'inscrit explicitement dans une logique d'aide et d'assistance de la famille, ce d'autant plus qu'elle pourrait permettre de faire face à des situations de surendettement de la famille qui ne sont pas prévues par la loi⁹. Elle ne tend donc pas à sanctionner ou à punir les parents¹⁰. D'autre part, si la MJAGBF est une mesure d'assistance éducative, le danger n'est pas une condition de sa mise en œuvre. Ce

¹ EUDIER (F.), « Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial : procédure applicable », *RJPF*, 2009-3/33. Egalement : DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la sécurité sociale*, 17^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 955.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ ROSENCZVEIG (J.-P.), précité, *AJfam.*, 2007, p. 57. Egalement : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 778.

⁴ BELLON (L.), « La protection judiciaire. L'enfant pauvre devant ses juges », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 103.

⁵ Sont visées les personnes isolées assumant la charge d'un ou de plusieurs enfants ou les femmes isolées en état de grossesse, ayant effectué la déclaration de grossesse et les examens prénataux (art. L. 262-9 C. act. soc. et fam.).

⁶ Art. 375-9-1, al. 1^{er} C. civ.

⁷ Circ. d'application du 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, 3 mars 2009, NOR : JUSF0823972D, p. 4.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, *Bull. civ. I*, n° 205. Il convient également de noter que les conditions de mise en œuvre de la MJAGBF montrent à nouveau que l'assistance judiciaire de la famille est subsidiaire par rapport à celle mis en œuvre par les Conseils généraux.

⁹ BELLON (L.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 103.

¹⁰ NAVES (P.) et al., *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 122.

caractère est souligné par le fait que le juge des enfants est tenu de se prononcer par décision séparée des autres décisions relatives à l'assistance éducative¹, lesquelles impliquent la démonstration d'un danger actuel et réel pour le mineur. La MJAGBF est limitée dans le temps. Elle ne peut pas excéder deux ans et son renouvellement doit être motivé par le juge des enfants².

191. Désignation et missions du délégué aux prestations familiales. – Si les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la MJAGBF sont réunies, le juge des enfants peut ordonner que les prestations familiales³ ou le RSA soient, en tout ou partie, versés à une personne physique ou morale qualifiée⁴, dite « délégué aux prestations familiales ». La mission du délégué aux prestations familiales est précisément définie⁵. Il prend toutes les décisions relatives à l'utilisation des prestations familiales et du RSA afin d'améliorer les conditions de vie des enfants dans la famille. A cet effet, il doit s'efforcer de recueillir l'adhésion des parents quant à l'affectation des prestations familiales ou du RSA.

Le délégué aux prestations familiales a pour fonction de protéger le mineur victime de sa famille en raison du mauvais usage des aides financières accordées à la famille. Au demeurant, l'enfant n'est pas le seul bénéficiaire de la MJAGBF. Le délégué doit également assister les parents afin de restaurer l'indépendance sociale et financière de la famille. En d'autres termes, il doit exercer une action éducative auprès des parents afin de créer les conditions d'une gestion autonome. La définition des missions du délégué aux prestations familiales montre que la MJAGBF n'a pas d'incidence sur le plan de la capacité juridique des parents⁶. Cette idée doit cependant être nuancée, car si la capacité des parents est, dans une certaine mesure, préservée, les père et mère sont en réalité soumis à une tutelle relative ou incomplète. Les prestations dues aux parents sont effectivement versées entre les mains d'un tiers. C'est ce dernier qui prend toutes les décisions relatives à leur utilisation, peu importe que les parents adhèrent ou non à l'usage qui en

¹ Art. 1200-9, al. 1^{er} C. civ.

² Art. 375-9-1, al. 4 C. civ.

³ Sont visés (circ. d'application du décret n° 2008-1486 du 30 décembre 2008 précitée, 3 mars 2009, NOR : JUSF0823972D, p. 4) : les prestations familiales mentionnées à l'article L. 511-1 du Code de la sécurité sociale ((prestation d'accueil du jeune enfant, allocations familiales, complément familial, allocation de logement, allocation d'éducation de l'enfant handicapé, allocation de soutien familial, allocation de rentrée scolaire, allocation journalière de présence parentale), la rente d'orphelin prévue à l'article L. 434-10 du même Code et, de plein droit, les allocations mensuelles d'aide à domicile versées par le Conseil général (art. L. 222-4, al. 2 C. act. soc. et fam.).

⁴ L'exercice de la MJAGBF est uniquement réservé à ces professionnels qui ont fait l'objet, après avis conforme du procureur de la République, d'une autorisation pour les personnes morales mentionnées au 15° du I de l'article L. 312-1 du Code de l'action sociale et des familles (art. L. 313-3, C. act. soc. et fam.) ou d'un agrément pour les personnes physiques (art. L. 474-4 C. act. soc. et fam.). Il peut également s'agir du coordonnateur désigné par le maire en vertu de l'article L. 121-6-2 du Code de l'action sociale et des familles (art. 375-9-2 C. civ.).

⁵ Art. 375-9-1, al. 2 C. civ.

⁶ En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.193 ; MARIA (I.), « De l'aide à la gestion du budget familial, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n° 09-66.133, F-B+B+I : Jurisdata n° 2010-018914 », *Dr. famille*, 2010, comm. n° 193.

sera fait¹. Le changement de terminologie juridique n'a donc pas fait disparaître la philosophie de la mesure. Il « *est toujours question de contrôler l'usage qui est fait par les parents des prestations familiales versées dans l'intérêt de l'enfant* »².

La mise en œuvre de la MJAGBF aboutit à priver les parents d'une partie de leurs droits³. Les représentants légaux du mineur ne peuvent plus utiliser librement les prestations familiales qui leur sont versées, ce qui montre que l'assistance judiciaire de la famille est réalisée dans la défiance. Le législateur semble avoir posé un postulat selon lequel il n'est pas possible de faire confiance aux parents pour l'utilisation des prestations familiales, ceux-ci ne les ayant pas précédemment utilisées à bon escient. Il est même possible de se demander si l'intervention du délégué aux prestations familiales ne manifesterait pas une suppléance de la famille.

2/ L'assistance de la famille et la mise à l'écart des parents

192. Une manifestation classique de défiance envers les parents. – La décision du juge des enfants consistant à retirer l'enfant de son milieu de vie actuel est la manifestation ordinaire d'une marque de défiance à l'égard des parents⁴. Elle contribue à l'idée qu'il existe une conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille en raison du long usage qui est fait de ce procédé de protection du mineur. Au demeurant, le législateur a organisé des modalités de retrait ponctuel de l'enfant de sa famille (a), ce qui démontre qu'il existe un espoir de restaurer l'autorité parentale, ce qui n'est pas le cas du placement durable de l'enfant chez un tiers (b). Cette modalité de retrait de l'enfant de son milieu de vie habituel constitue la démonstration tangible de l'assistance de la famille dans la défiance, à laquelle s'ajoute l'encadrement des liens familiaux entre l'enfant et les membres de la famille (c). Ce « *placement – retrait* » a longtemps permis d'éloigner le mineur d'un milieu familial jugé néfaste. Il s'agissait de sanctionner les mauvais parents. Aujourd'hui, ce « *placement – retrait* » a laissé place à un « *placement – thérapie* ». L'accent n'est plus mis sur la sanction des père et mère. Au contraire, le retrait du mineur de son milieu de vie habituel s'appuie désormais sur les notions d'assistance et d'adhésion de la famille⁵, quand bien même l'accompagnement est réalisé dans la défiance.

¹ MASSIP (J.), *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris : Defrénois, 2009, note 4, p. 596 ; MARIA (I.), précité, *Dr. famille*, 2010, comm. n° 193.

² MARIA (I.), précité, *Dr. famille*, 2010, comm. n° 193. En ce sens : MASSIP (J.), *op. cit.*, Paris : Defrénois, 2009, § 698.

³ HAUSER (J.), « Assistance éducative : de la nouvelle mesure d'aide à la gestion du budget familial (Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n° 09-66.133 publié, D. 2010. 2517 ; AJ fam. 2011. 45, obs. Douris ; Dr. fam. 2010 comm. 193, note I. Maria), *RTD civ.*, 2011, p. 101.

⁴ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

⁵ BONGRAIN (M.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 13.

a/ L'enfant ponctuellement séparé de sa famille

193. L'accueil à la journée. – L'article 375-3, 4° du Code civil permet au juge des enfants de confier le mineur à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge. Dans ce cadre, l'enfant, qui bénéficie de cette modalité d'accueil, est un mineur confié dans le cadre de l'assistance éducative. Il s'agit d'une mesure de placement judiciaire¹, et le juge des enfants peut imposer à l'ASE l'établissement en charge de cet accueil modulable. La garde juridique du mineur est confiée au service ou à l'établissement habilité peu importe que l'enfant réside chez ses parents les fins de journée ou de semaine². Sur mandat judiciaire, l'ASE ou tout service ou établissement habilité peuvent ainsi accueillir l'enfant de manière ponctuelle, ce qui évite un retrait permanent de l'enfant de sa famille. Cette modalité d'accueil présente un intérêt lorsqu'il s'agit de favoriser le retour de l'enfant dans sa famille après un placement durable du mineur dans un établissement d'accueil ou dans une institution ou un service spécialisé. L'accueil de jour constitue dès lors un préalable à la mainlevée de la mesure d'assistance éducative. Il permet de vérifier que l'enfant se réadapte à son milieu familial³. Cette forme de retrait ponctuel de l'enfant de son milieu actuel peut également préparer une séparation durable de l'enfant et de sa famille, notamment si les difficultés familiales s'accroissent et exposent l'enfant à un danger plus important. L'accueil de jour assure alors une transition entre une séparation durable et un retrait ponctuel du mineur de sa famille⁴. Cette mesure d'assistance éducative permet aussi d'observer le comportement de l'enfant dans son milieu actuel, notamment afin d'examiner son évolution dans l'environnement familial après une mesure de placement permanent⁵. L'objet de l'accueil de jour consiste alors à renseigner le juge des enfants qui pourra décider de la mainlevée de la mesure d'assistance éducative ou de son renouvellement sous d'autres formes.

L'accueil à la journée est une modalité souple de prise en charge de l'enfant victime de sa famille. Il permet d'éloigner ponctuellement le mineur de la cellule familiale afin de remédier à des situations de difficultés momentanées voire de crises ou de conflits épisodiques⁶. De ce point de vue, l'assistance dans la défiance n'est que relative. Les parents ne sont pas durablement

¹ CA Aix-en-Provence, 1^{er} juillet 2011, RG n° 11/00114.

² BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.201.

³ En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.201.

⁴ En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.201.

⁵ En ce sens : BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.201.

⁶ En ce sens : KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

évincés. Bien au contraire, le recours à ce type d'accueil suppose que les père et mère disposent de capacités éducatives suffisantes pour exercer leurs prérogatives dans l'intérêt de l'enfant. La restauration de leur autorité demeure envisageable. En définitive, l'accueil à la journée permet de ne pas priver l'enfant d'une vie dans sa famille, ce qui est également le cas pour l'hébergement périodique ou exceptionnel.

194. L'hébergement périodique ou exceptionnel. – L'alinéa deuxième de l'article 375-2 du Code civil prévoit la possibilité d'un accueil périodique ou exceptionnel du mineur lorsque celui-ci fait l'objet d'une mesure d'AEMO¹. En effet, le service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, à qui le mineur est confié dans le cadre d'une mesure d'AEMO, peut être autorisé à héberger l'enfant de manière périodique ou exceptionnelle².

Cette mesure d'assistance éducative est décidée par le juge des enfants. Son autorisation préalable est impérative. Le service en charge de l'exécution de la mesure d'AEMO ne peut pas décider unilatéralement d'héberger l'enfant de manière périodique ou exceptionnelle. Le mineur ne peut être retiré de son milieu de vie actuel sans l'accord de ses parents, sauf dans les cas de nécessité déterminés par la loi³. Le principe demeure le maintien du mineur dans sa famille, l'exception étant l'accueil périodique ou exceptionnel. L'autorisation donnée par le magistrat permet de garantir les droits des père et mère⁴. Elle suppose que ces derniers aient adhéré au principe de l'éventualité d'un accueil périodique ou exceptionnel de leur progéniture.

Ce dispositif judiciaire est suffisamment souple pour permettre une prise en charge adaptée du mineur selon l'évolution de la situation familiale. Cette flexibilité résulte de l'autorisation préalable qui accorde une certaine liberté au service d'AEMO. La décision de

¹ L'enfant hébergé dans ce cadre n'est pas un mineur confié au titre d'une mesure d'assistance éducative contrairement à l'accueil à la journée. Les fondements légaux des mesures sont différents. Il s'agit de l'article 375-2 du Code civil pour l'hébergement périodique ou exceptionnel (AEMO) et de l'article 375-3 du même Code pour l'accueil de jour (placement). A cet égard, l'hébergement périodique ou exceptionnel est véritablement une mesure alternative qui s'inscrit entre le maintien à domicile et le placement. Au demeurant, une mesure de placement de l'enfant au service de l'ASE, sur le fondement de l'article 375-3, peut être assortie de la possibilité d'une prise en charge à temps partiel ou modulable selon l'article L. 222-5, 1° du Code de l'action sociale et des familles (CA Aix-en-Provence, 1^{er} juillet 2011, RG n° 11/00114).

² Le service doit recevoir une habilitation spécifique pour mettre en œuvre cet accueil afin de s'assurer de ses moyens d'action humains et matériels notamment en matière de compétence et de sécurité (LARDEUX (A.), *Rapport n° 205* précité, *Doc. Sénat*, 2006-2007, p. 47).

³ Art. 371-3 C. civ.

⁴ La protection des droits des parents suppose également une information obligatoire et préalable à tout accueil périodique ou exceptionnel. Le service doit donc prévenir, sans délai, les parents ou les représentants légaux du mineur ainsi que le juge des enfants et le président du Conseil général chaque fois qu'il héberge le mineur en vertu de l'autorisation judiciaire. L'information des personnes qui exercent l'autorité parentale permet de s'assurer qu'ils ne s'opposent pas à la mise en œuvre de l'accueil. En cas de désaccord sur la décision d'héberger l'enfant ou la détermination du lieu où il sera accueilli, le juge des enfants pourra être saisi (sur ce point : BERNIGAUD (S.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.183).

séparer ponctuellement l'enfant de sa famille n'est pour autant pas sans contrôle. Le juge des enfants peut être saisi à tout moment en cas de désaccord. En réalité, cette forme d'accueil constitue « une sorte d'AEMO renforcée »¹ à destination de « familles lourdement carencées sur le plan socio-éducatif »², mais dont la situation n'est pas suffisamment grave pour justifier une séparation durable du mineur et de sa famille. Elle s'inscrit dans un processus de diversification des mesures d'assistance éducative. Elle prend place à côté de l'AEMO simple et de l'AEMO conditionnée.

L'hébergement périodique du mineur permet d'assister la famille dans des situations de crises ponctuelles, lesquelles ne permettent pas de maintenir l'enfant dans son cadre de vie habituel. Cet éloignement ponctuel de l'enfant permettra d'accompagner les parents afin qu'ils puissent à nouveau accueillir l'enfant dans des conditions garantissant son intérêt supérieur. Par voie de conséquence, le mineur ne retournera dans sa famille qu'une fois les tensions apaisées et uniquement s'il n'encourt plus de danger ou de risque de danger ou que les conditions de son éducation et de son développement ne sont plus compromises ou ne risquent plus de l'être.

Par exemple, le recours à telle mesure permet d'assister la famille lorsque l'enfant, gravement malade est atteint d'une maladie évolutive, nécessitant des soins spécifiques et permanents. Dans cette espèce, la mère éprouvait des graves difficultés à assurer le suivi des soins, la stimulation et le soutien de son enfant sur les plans scolaire ou de la vie sociale. Les conditions d'éducation et du développement du mineur se sont dégradées, tandis que sa santé a été mise en danger en raison de la passivité et de l'inconséquence de la mère. C'est la raison pour laquelle le service de l'ASE a été autorisé à prendre en charge l'enfant, à temps partiel ou modulable sur le fondement de l'article L. 222-5 du Code de l'action sociale et des familles. L'objectif consistait à permettre à l'enfant de passer du temps auprès de sa mère et à garantir une intervention fréquente et pluri-hebdomadaire en milieu familial, par une surveillance de la continuité des soins, de la scolarisation et de la socialisation du mineur³. Cette espèce démontre véritablement que l'assistance judiciaire de la famille peut être faite dans la défiance. Les juges ont considéré que la mère n'était pas en mesure de mobiliser ses capacités éducatives dans l'intérêt de son enfant, mais son imprévoyance n'est pas suffisante pour justifier une séparation durable. L'assistance judiciaire de la famille est donc réalisée progressivement⁴.

¹ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

² NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 133.

³ CA Aix-en-Provence, 1^{er} juillet 2011, RG n° 11/00114. Les juges ajoutent que l'ASE doit assurer la coordination globale des interventions en milieu familial. Ils envisagent également la possibilité d'un hébergement à temps complet en dehors du milieu familial, pendant une période limitée ou certains jours de la semaine.

⁴ L'accueil périodique permet également de préparer le retour du mineur dans sa famille après une séparation durable. A l'inverse, il peut être utilisé pour organiser le placement de l'enfant.

L'hébergement exceptionnel est une autre forme d'AEMO renforcée¹. Il est mis en place pour une durée limitée. Il permet de répondre à des situations de crise spécifique et passagère au cours desquelles le mineur ne peut être maintenu dans son milieu de vie actuel. L'intervention à domicile dans le cadre de l'AEMO permet d'assister les parents afin qu'ils restaurent leur autorité. Le juge des enfants réserve cependant la possibilité d'un hébergement ponctuel et temporaire de l'enfant hors du domicile familial. Autrement dit, l'assistance judiciaire se fait *a priori* dans la confiance, mais si une méfiance s'installe à l'égard des parents, l'assistance s'organisera dans la défiance. A la différence de l'accueil périodique où les séquences dans et hors famille sont relativement égales et régulières, l'hébergement exceptionnel ne prévoit pas la fréquence de l'accueil². Cette mesure intervient de manière ponctuelle et imprévue selon l'évolution de la situation familiale. Le principe demeure donc le maintien du mineur à domicile et l'assistance de la famille dans la confiance, tandis que l'accueil de celui-ci, par l'ASE pour une période limitée, est l'exception³.

195. Les conséquences de l'hébergement périodique ou exceptionnel sur l'exercice de l'autorité parentale. – Dans le cadre d'un hébergement périodique ou exceptionnel, l'enfant reste soumis en permanence à l'autorité de ses parents. Ce n'est que si cette forme d'accueil est mise en œuvre que la surveillance et l'éducation de l'enfant seront ponctuellement exercées par un tiers. Le droit de garde des parents est toutefois affaibli par cette décision, qui consiste à héberger l'enfant hors du domicile familial. Les représentants légaux ne peuvent effectivement plus fixer librement la résidence du mineur ni imposer à des tiers leur choix. Dans le même sens, le droit de surveillance ne s'exerce plus pleinement, étant donné qu'ils ne dirigent plus en permanence la vie de l'enfant régulièrement accueilli hors du domicile. Cette défiance à l'égard de la capacité des parents à s'occuper de leur progéniture n'est cependant pas absolue, la garde juridique du mineur n'étant pas transférée au service en charge de l'AEMO. *A contrario*, l'accueil de jour organise un recueil de l'enfant par un tiers. La garde juridique de l'enfant est alors conférée au tiers auprès duquel l'enfant a été confié par le magistrat. Les parents de l'enfant accueilli à la journée exerceront donc leur autorité dans des conditions identiques à celles gouvernant l'exercice des prérogatives parentales par des père et mère dont l'enfant est durablement séparé.

¹ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

² Pour certains, cet accueil sera rare en pratique étant donné que le professionnel peut immédiatement remédier à la situation de crise ou de conflit avec la famille (NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 134).

³ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 776.

b/ L'enfant durablement séparé de sa famille

196. Une mise à distance ultime des parents. – L'AEMO ou les séparations ponctuelles de l'enfant et de sa famille sont parfois insuffisantes pour protéger le mineur victime de sa famille, la situation pouvant même continuer à se dégrader. Il est dès lors nécessaire que l'Etat intervienne « *pour provoquer l'éloignement de l'enfant et de sa famille* »¹. Ces mesures d'assistance éducative n'ont pas permis de mettre fin à la situation de danger par une restauration de l'autorité parentale et un rétablissement des liens familiaux. Cela est d'autant plus vrai que l'accord des parents à ces mesures est fondamentalement nécessaire. Elles supposent en outre une contribution active de leur part. La persistance ou la gravité de l'état de défiance envers les père et mère peut dès lors justifier le « *recours ultime* » à un retrait durable du mineur de son milieu de vie habituel². Cette séparation permanente présente néanmoins un caractère éducatif. Un accompagnement de la famille est envisagé afin de restaurer l'autorité parentale, surtout que l'éloignement géographique, inhérent à tout placement, peut entraîner un délitement des liens familiaux. Cette mesure d'accueil du mineur comprend nécessairement une prise en charge quotidienne et continue du mineur. Elle donne également lieu à un accompagnement éducatif et individuel des différents membres de la famille³. Par conséquent, le placement judiciaire implique un « *éclatement matériel de la cellule familiale* »⁴, ce qui perturbe la vie de la famille. En effet, « *l'un des éléments qui la composent, la cohabitation, en est retiré* »⁵. C'est en ce sens que l'assistance se fait dans la défiance puisque les père et mère ne sont pas aptes à garder leur progéniture auprès d'eux. Cette mesure de placement permet de donner à l'enfant un cadre de vie propice à son développement physique, affectif, intellectuel et social⁶. Le législateur a ainsi organisé les modalités de l'accueil durable hors du domicile familial (i), ce qui n'est pas sans conséquence sur l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère (ii).

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 737.

² GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 540.

³ Ces éléments participent à la définition du placement judiciaire civil (PEDRON (P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012, § 112).

⁴ DELAPORTE-CARRE (C.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008, § 204. En ce sens : GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), précité, in SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 287.

⁵ GRATALOUP (S.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1998, § 377.

⁶ Cette affirmation doit cependant être nuancée. En effet, « *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 aux soins de ses parents biologiques* » (Cour EDH, 26 octobre 2006, *Wallova et Walla c/ République Tchèque*, req. n° 23848/04, § 71 – Cour EDH, 21 juin 2007, *Havelka et autres c/ République Tchèque*, req. n° 23499/06 – Cour EDH, *Amanalachioai c/ Roumanie* précité, § 86). Il est impératif que l'enfant appartienne à la catégorie classique du mineur en danger (Cour EDH, 9 mai 2003, *Covezzi et Morselli c/ Italie*, n° 52763/99, § 104 – Cour EDH, *Wallova et Walla c/ République Tchèque* précité, § 72-74 – Cour EDH, 18 juin 2013, *R. M. S. c/ Espagne*, req. n° 28775/12, § 84), ce qui sera notamment le cas si l'imaturité totale de la mère est établie (CA Riom, 12 mai 2002, Jurisdata n° 2002-176853), et ce d'autant plus si l'enfant est malade (CA Riom, 12 février 2002, Jurisdata n° 2002-176851).

197. L'enfant confié à l'autre parent ou un autre membre de la famille. – L'article 375-3 du Code civil autorise le juge des enfants à retirer durablement l'enfant de son milieu actuel pour le confier à un tiers. Le placement permanent du mineur permet de le protéger contre sa famille ou certains de ses membres. Le mineur peut être confié à l'autre parent, à un autre membre de la famille¹. En effet, l'enfant peut être en danger chez l'un de ses parents, en particulier si le couple conjugal n'existe plus². La décision de confier l'enfant à l'autre parent doit constituer la mesure la plus adéquate, soit que l'enfant est éloigné d'un milieu perturbateur³, soit que le placement chez l'autre parent permet d'offrir des soins et une éducation appropriés à l'enfant⁴. L'autre parent devra néanmoins être mesure d'accueillir l'enfant et d'assurer sa protection, sans qu'aucun élément ne puisse remettre en question cette prise en charge⁵. Ce sera notamment le cas si après un placement à l'ASE, la mère s'est reconstruite sur un plan social et personnel et se montre capable de donner un cadre de vie structuré aux enfants, ce qui n'est pas le cas du père à qui le juge aux affaires familiales avait antérieurement confié les enfants⁶.

Bien qu'elle soit peu utilisée en pratique⁷, cette possibilité de confier l'enfant à l'autre parent présente l'avantage de maintenir le mineur dans sa famille. De ce point de vue, il n'existerait une marque de défiance qu'à l'égard d'un seul des parents. Pareillement, lorsque l'enfant est confié à un autre membre de la famille, il n'y a qu'une défiance envers les seuls père et mère et non à l'encontre de l'ensemble de la famille du mineur. Ce passage d'une autorité parentale à une autorité familiale⁸ est d'autant plus souhaitable qu'« *en cas de défaillance des deux parents, il est préférable de confier l'enfant à un membre de sa famille plutôt qu'à une institution* »⁹. Cette solution familiale ne doit être envisagée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant et à condition que le mineur ne soit pas confronté à un danger¹⁰, celui-ci pouvant

¹ Art. 375-3, 1° et 2° C. civ.

² Par exemple, une enfant peut être confrontée à des difficultés avec le concubin de la mère, violent avec elle, en particulier lorsqu'il est sous l'emprise de l'alcool. Or, la mère soumise à son concubin est incapable de la protéger (CA Riom, 2 juillet 2002, Jurisdata n° 2002-191246). Ce peut encore être le cas quand la mère présente des troubles importants de la personnalité et refuse de se soigner (CA Riom, 31 juillet 2001, Jurisdata n° 2001-149024).

³ CA Angers, 11 décembre 1992, Jurisdata n° 1992-051115 – CA Paris, 19 mars 1996, Jurisdata n° 1996-020339 – CA Paris, 23 mai 1997, Jurisdata n° 1997-022244 – CA Paris, 13 avril 2000, Jurisdata n° 2000-117064.

⁴ CA Riom, 13 août 2002, Jurisdata n° 2002-195781.

⁵ CA Poitiers, 11 juin 1990, Jurisdata n° 1990-052170 – CA Riom, 31 juillet 2001, Jurisdata n° 2001-149024.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n° 05-05.007. Voir également : CA Papeete, 30 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-247726 – CA Douai, 28 avril 2005, Jurisdata n° 2005-291292.

⁷ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 232.

⁸ LEROYER (A.-M.), « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD civ.*, 1998, p. 587. En ce sens : GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2003, chron. n° 1.

⁹ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 77.

¹⁰ CA Angers, 11 septembre 1992, Jurisdata n° 1992-051381 – CA Paris, 10 octobre 1996, Jurisdata n° 1996-024411.

rencontrer ses parents. Par conséquent, le juge des enfants devra rechercher parmi les membres de la famille susceptibles de prendre en charge l'enfant ceux qui présentent « *les meilleures garanties sur le plan matériel, moral et affectif* »¹. L'enfant peut ainsi être confié à son oncle², à sa tante³, à sa sœur⁴ ou à son frère⁵. En réalité, il est le plus souvent remis à ses grands-parents⁶ même s'ils ne jouissent d'aucune priorité pour se voir confier l'enfant⁷. Néanmoins, lorsque le juge des enfants est déjà saisi, les aïeux peuvent se manifester afin de prendre en charge le mineur⁸.

198. L'enfant confié à un tiers digne de confiance. – La séparation durable de l'enfant et de sa famille peut impliquer le placement du mineur auprès d'un tiers digne de confiance⁹. Ce dernier est « *toute personne physique, autre que parent ou membre de la famille du mineur, et hors service éducatif, à qui le juge confie un mineur* »¹⁰. Il n'a en principe aucun lien de filiation avec l'enfant ou d'alliance avec la famille de celui-ci. Seul son rôle dans l'épanouissement et la protection du mineur est reconnu. Il appartient à l'entourage affectif de l'enfant¹¹. Il existerait donc une « *présomption que les personnes désignées par le juge [soient] considérées par celui-ci comme étant digne de confiance* »¹². Il peut s'agir de toute personne physique appartenant au cercle intime des relations de l'enfant comme le nouveau conjoint, partenaire ou concubin du parent. Ce peut également être un médecin ou un membre d'une profession paramédicale¹³, une

¹ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 68.

² CA Paris, 25 janvier 1996, Jurisdata n° 1996-021691 – CA Paris, 29 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-023902 – CA Nouméa, 6 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-291366.

³ CA Angers, 13 mars 1992, Jurisdata n° 1992-049147 – CA Aix-en-Provence, 2 février 1999, Jurisdata n° 1999-041685 – CA Riom, 1^{er} juillet 1999, Jurisdata n° 1999-106047.

⁴ CA Angers, 27 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-051106.

⁵ CA Riom, 12 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-103011 – CA Riom, 11 décembre 2001, Jurisdata n° 2001-173159.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1994, n° 92-05.081 – CA Metz, 6 septembre 1994, Jurisdata n° 1994-053273 – CA Papeete, 5 novembre 1998, Jurisdata n° 1998-047874 – CA Paris, 3 décembre 1999, Jurisdata n° 1999-112645 – CA Riom, 14 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130237 – CA Nouméa, 6 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-291366.

⁷ LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

⁸ La volonté des grands-parents n'est pas toujours suffisante pour convaincre le juge des enfants (BOSSE-PLATIÈRE (H.), précité, *JCP G.*, 1997, I, 4030). L'enfant ne leur sera confié que si un danger est démontré dans son milieu de vie habituel et à la condition que le placement à leur domicile soit la mesure adéquate (CA Paris, 6 novembre 1986, Jurisdata n° 1986-026950 : compensation de l'âge des aïeux par la présence d'une tante célibataire à leur domicile). Cela ne sera pas le cas lorsque la grand-mère dénie aux parents, incapables de s'occuper de l'enfant, tout droit sur son éducation. Nonobstant des conditions matérielles satisfaisantes, le comportement intransigeant et autoritaire de la grand-mère est de nature à compromettre l'éducation de l'enfant (Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 110 : la grand-mère maintenait sa fille dans un état de dépendance ; l'enfant a été confié à un service afin d'apporter à la mère l'assistance nécessaire pour permettre une prise en charge progressive de l'enfant).

⁹ Art. 375-3, 2° C. civ.

¹⁰ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 232. En ce sens : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 540.

¹¹ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2003, chron. n° 1.

¹² Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 1979, *Bull. civ. I*, n° 22.

¹³ DEISS (A.), précité, *JCP G.*, 1983, I, 3125.

marraine¹, un ménage² voire un membre de la famille en qualité de tiers digne de confiance³. Cette possibilité est toutefois peu utilisée, notamment en raison de l'insécurité financière, juridique et statutaire qui entoure cette fonction⁴. En outre, les tiers ne demandent que très rarement à accueillir le mineur⁵. Afin d'encourager et de sécuriser ce mode d'accueil du mineur, une amélioration du statut du tiers digne de confiance est souhaitée, notamment pour permettre au tiers d'exercer tous les actes usuels de l'autorité parentale⁶. La volonté de développer ce mode de placement est justifiée par le fait que celui-ci permet à l'enfant de vivre auprès d'une personne avec laquelle il a pu préalablement créer des liens affectifs.

199. Le choix du placement institutionnel. – Dans certaines situations, le placement du mineur dans sa famille ou dans le cercle intime de ses relations n'est pas possible. Le juge des enfants a alors recours à une mesure d'accueil dans une institution⁷. Le choix du placement institutionnel traduit une défiance certaine à l'égard de l'ensemble des membres de la famille du mineur. Le service de l'ASE constitue le partenaire privilégié du magistrat⁸. L'article L. 222-5, 3° du Code de l'action sociale et des familles et l'article 375-3, 3° du Code civil permet au juge des enfants de confier le mineur victime de sa famille à l'ASE, qui ne peut pas refuser d'exécuter la décision du juge des enfants.

Ce service est tenu de recueillir le mineur et de financer la mesure d'accueil⁹. En principe, « lorsque le mineur est confié à l'ASE, il appartient au service gardien de déterminer le lieu de placement et de faire un choix entre placement en famille d'accueil et placement en établissement »¹⁰. Ce service départemental pourra ainsi déterminer les moyens adaptés à la prise en charge du mineur, notamment le lieu et les modalités concrètes de la mesure d'accueil, comme le placement de l'enfant dans un établissement ou dans une famille d'accueil. Néanmoins, cela ne sera possible que si le juge des enfants n'intervient pas dans le choix du mode de prise en charge

¹ CA Paris, 10 juin 1997, Jurisdata n° 1997-022630.

² Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 1979, *Bull. civ.* I, n° 22.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, n° 04-05.029. Egalement : CA Paris, 3 décembre 1999, Jurisdata n° 1999-112645 – CA Paris, 3 avril 2001, Jurisdata n° 2001-139754 – CA Lyon, 14 octobre 2003, Jurisdata n° 2003-238545 – CA Amiens, 7 février 2008, Jurisdata n° 2008-358670 – CA Nancy, 23 mai 2008, RG n° 06/02987.

⁴ DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 85.

⁵ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 236.

⁶ DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 84 et s., proposition 49.

⁷ Art. 375-3, 3° et 5° C. civ

⁸ Dans les trois quart des situations, le juge des enfants confie le mineur à un service de l'ASE (LARDEUX (A.), *Rapport n° 205* précité, *Doc. Sénat*, 2006-2007, p. 15).

⁹ Art. L. 228-3 C. act. soc. fam.

¹⁰ BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.212. En ce sens : CORPART (I.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 66 ; RAULT (F.), « Le rôle de l'avocat dans le placement de l'enfant », *AJ fam.*, 2007, p. 76 ; FOSSIER (T.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 60 ; LASBATS (M.), « Le maintien des liens avec les parents », *AJ fam.*, 2007, p. 72.

du mineur par l'ASE. En effet, la Cour de cassation a admis que les modalités de la mesure, décidées par le juge des enfants, pouvaient impliquer le placement de l'enfant dans un établissement librement choisi par le magistrat et sur lequel le service de l'ASE exerce son pouvoir de surveillance et de contrôle¹, ce qui comprend le placement direct de l'enfant un établissement particulier². Une solution similaire a été retenue quand le magistrat impose à l'ASE de confier l'enfant à une famille d'accueil³ et cela, même s'il ne peut pas la désigner directement, ce choix relevant de la compétence de l'ASE⁴. Le législateur de 2007 a consacré ces solutions prétoriennes aux articles 375-4 et 375-7, alinéa sixième du Code civil. Le juge des enfants peut donc décider des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de l'intérêt de celui-ci, et les imposer au président du Conseil général⁵. Le magistrat peut cependant confier au service de l'ASE la détermination des modalités de placement. Dans ce cas, il pourra juste indiquer que « *le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien des liens familiaux* »⁶. Afin de sécuriser les parcours des enfants confiés au service de l'ASE et éviter un changement unilatéral des conditions de vie du mineur, particulièrement un changement de famille d'accueil, il est proposé de conditionner la modification du lieu d'accueil du mineur à l'avis du juge des enfants à l'origine de la mesure de placement⁷. Ainsi, lorsqu'une modification des conditions de prise en charge du mineur est unilatéralement envisagée par l'ASE, après plus de trois années au cours desquelles l'enfant a été confié à une même famille d'accueil, le juge des enfants devra rendre un avis sur cette décision⁸. Celle-ci interviendrait après qu'il ait entendu le

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 10 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 104 ; *JCP G.*, 1994, II, 22244, obs. ALLAIX (M.) – Cass. civ. 1^{ère}., 10 mars 1993, n° 91-05.090 ; également : Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 105. Dans ces espèces, les magistrats ont assorti la remise de l'enfant de modalités particulières consistant en l'obligation de fréquenter un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, cette fréquentation impliquant d'ailleurs un placement du mineur dans l'établissement choisi par le juge. Dans le même sens : CAA Nancy, 10 avril 2006, n° 03NC00613.

² CA Metz, 4 décembre 1996, *D.*, 1997, somm. p. 283, obs. AUTEM (D.).

³ Cass. civ. 1^{ère}., 23 janvier 2001, *Bull. civ. I*, n° 10 ; *D.*, 2001, p. 2151, note HUYETTE (M.).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 3 janvier 1980, *Bull. civ. I*, n° 1 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 mai 1980, *Bull. civ. I*, n° 135 – Cass. civ. 1^{ère}., 12 novembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 293.

⁵ RAYMOND (G), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 112.

⁶ Art. 375, al. 3, C. civ. La Cour des comptes a estimé qu'il « *n'est pas opportun de supprimer la possibilité pour le juge de choisir lui-même l'établissement ou le service chargé d'exécuter la mesure* », car c'est « *un facteur de souplesse utile* » (COUR DES COMPTES, *Rapport public thématique* précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 31.). Elle juge néanmoins utile le placement global à l'ASE en ce qu'il permet de prendre en compte concrètement les besoins de l'enfant et évite au magistrat la recherche d'une place disponible (COUR DES COMPTES, *Rapport public thématique* précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 31.). En outre, elle permet au service de l'ASE de suivre précisément l'exécution des mesures financées, d'optimiser la prise en charge des mineurs et d'assurer la coordination des interventions.

⁷ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport* précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 42 et s. ; DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 73, proposition 35.

⁸ Si l'enfant a été confié dans le cadre d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale, c'est le juge aux affaires familiales qui devra être sollicité.

mineur et les personnes concernées. En effet, il paraît cohérent que le magistrat s'assure que le changement du lieu d'accueil soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le juge des enfants n'est pas obligé de confier l'enfant à l'ASE. Il peut décider de le confier à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation ordinaire ou adaptée. La formule employée au 5° de l'article 375-3 du Code civil est suffisamment large pour offrir une gamme étendue de solutions au juge des enfants¹. Il peut donc confier l'enfant à un établissement scolaire² même si ces derniers n'ont pas vocation à prendre en charge de manière totale et permanente le mineur, ce d'autant plus qu'il ne fonctionne souvent que la semaine³. En réalité, le magistrat aura le plus souvent recours à un établissement éducatif spécialisé, dont la mission est notamment d'apporter une protection administrative ou judiciaire à l'enfant, une action éducative, médico-éducative, thérapeutique, pédagogique et de formation adaptée aux besoins de l'enfant, à son niveau de développement ou encore à ses potentialités voire une action d'intégration scolaire, d'insertion ou de réinsertion sociale⁴. Dans ce cadre, de nouvelles structures éducatives ont vu le jour avec « les lieux de vie »⁵. Ces modes d'accueil non traditionnels autorisent l'accueil d'enfants particulièrement perturbés, c'est-à-dire « *confrontés à de graves difficultés et qui n'acceptent ni de vivre en collectivité, ni de vivre dans un établissement ou en famille d'accueil* »⁶. L'intérêt de ces lieux de vie est d'autant plus important que les structures classiques d'accueil du mineur sont souvent réticentes à prendre en charge des mineurs dont les troubles du comportement sont considérés comme trop graves⁷. Le juge des enfants peut enfin décider de confier l'enfant à un service hospitalier, qu'il soit spécialisé ou non⁸. Ce sera notamment le cas si

¹ En ce sens : ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 87.

² Exemple d'un enfant confié à une école privée : CA Paris, 3 novembre 1989, Jurisdata n° 1989-026188.

³ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 243.

⁴ Art. L. 311-1 C. act. soc. et fam.

⁵ L'article D. 316-2 du Code de l'action sociale et des familles, issu du décret n° 2004-1444 du 23 décembre 2004 (*JO*, 30 décembre 2004, p. 22297) fait référence au 3° de l'article 375-3, c'est-à-dire le 5° dans la version de l'article issu de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 (L. n° 2007-293 précitée). Ce défaut d'harmonisation mériterait d'être corrigé. Soumis à autorisation (art. L. 312-1, III, L. 313-1 et L. 313-3 C. act. soc. et fam.), le lieu de vie et d'accueil vise, par un accompagnement continu au quotidien, à favoriser l'insertion sociale et l'éducation, la protection et la surveillance des mineurs confiés (art. D. 316-1 C. act. soc. et fam.).

⁶ BERNIGAUD (S.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 242.222.

⁷ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 245.

⁸ Le juge des enfants tient effectivement de l'article 375-3 le pouvoir de confier l'enfant à un établissement sanitaire spécialisé (Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1996, *Bull. civ. I*, n° 226), ce qui inclut le pouvoir de confier directement le mineur à un hôpital psychiatrique. Cette compétence du magistrat est exceptionnelle. En principe, la décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, hormis l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat et selon les situations, par les personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par le tuteur, tout désaccord entre les représentants légaux étant tranché par le juge aux affaires familiales (art. L. 3211-10 C. santé pub.). C'est pourquoi le pouvoir du juge des enfants n'est pas sans limite, ce d'autant plus que l'intérêt de l'enfant n'est pas d'être confié à un établissement hospitalier adapté s'il n'a pas de troubles mentaux. Ainsi, l'article 375-9 du Code civil subordonne le placement à un avis médical circonstancié extérieur à l'établissement d'accueil et celui-ci ne peut pas excéder quinze jours. La mesure pourra toutefois être prolongée pour une période d'un mois renouvelable, mais à condition que le magistrat obtienne un avis médical

la situation de l'enfant nécessite l'accomplissement d'un bilan de santé ou la réalisation de soins ou d'une opération chirurgicale, en particulier si les parents refusent d'accomplir les soins médicaux nécessaires pour le mineur. En réalité, cette hypothèse s'avère assez rare en pratique. Une mesure d'AEMO conditionnée peut être suffisante pour inciter les parents à accomplir les soins¹.

200. Le placement à la naissance du mineur : la preuve d'une défiance originelle à l'égard des parents. – Le placement de l'enfant à sa naissance fait présumer l'existence d'une situation familiale fortement dégradée, voire d'une cellule pathogène pour le mineur. Dès sa venue au monde, le mineur est donc victime de sa famille en ce qu'il est confronté à un danger immédiat pour sa personne. La décision de recourir à une mesure d'accueil du mineur à sa naissance démontre qu'il n'est pas possible de faire confiance à la famille. L'assistance ne peut se faire que dans la défiance, étant donné que des éléments objectifs témoignent de l'impossibilité des parents à mobiliser leurs capacités éducatives dans l'intérêt de l'enfant². Tout espoir de restauration de l'autorité parentale est alors réduit à sa portion congrue. Ainsi, l'éloignement d'un nourrisson de quatre jours est justifié lorsque la mère, qui n'a pas préparé la naissance, a quitté le service de pédiatrie contre avis médical avec l'enfant et le père, dont le comportement représente une menace. Ces éléments, auxquels s'ajoutent les antécédents médicaux et sociaux catastrophiques de la mère font courir un danger physique pour le bébé³. Une solution identique a été appliquée à propos de la situation d'une mineure née le 15 décembre 2010 et placée le jour même par le juge des enfants. Dans cette espèce, l'errance de la mère, le climat de violences conjugales et de menace d'enlèvement du bébé par le père, ainsi que le refus d'un accueil mère-enfant ont justifié l'accueil de l'enfant à sa naissance. Le placement en urgence était donc

conforme d'un psychiatre de l'établissement d'accueil. Le juge des enfants ne peut pas se substituer au médecin pour apprécier l'opportunité de la mesure d'internement de l'enfant (TGI Pontoise, 7 février 2001, *D.*, 2003, p. 656, obs. WILLIATTE-PELLITTERI (L.)). De même, si le mineur est suivi par un psychiatre libéral, le magistrat ne pourra pas imposer un placement en service hospitalier spécialisé au prétexte qu'il estime ce service plus compétent pour le mineur (CA Nancy, 3 décembre 1982, Jurisdata n° 1982-601037). En effet, le juge des enfants ne peut imposer un traitement médical que si la santé de l'enfant est en danger et qu'il existe une carence de la part des parents (CA Aix-en-Provence, 23 mars 2012, RG n° 12/00039 : la juridiction a refusé d'appliquer l'article 375-9 du Code civil). Ces garanties sont d'ordre public (CA Riom, 11 mai 2004, *AJfam.*, 2004, p. 361, obs. LEROYER (A.-M.)).

¹ En ce sens : HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 238.

² C'est notamment le cas lorsque le placement en urgence de l'enfant est ordonné à sa naissance en raison du climat de violence régnant au domicile parental. La mère, sous curatelle renforcée, apparaît très vulnérable et dans l'incapacité de se protéger des passages à l'acte violents de son compagnon, père de l'enfant. En outre, d'autres mesures de placement ont été ordonnées pour les aînés, issus d'unions différentes, toutes décidées au vu des fragilités de la mère et des carences éducatives alors constatées (CA Rennes, 16 avril 2013, RG n° 13/00055). De même, la fragilité du nourrisson, né avec un syndrome de manque important nécessitant un sevrage, le départ précipité de la mère depuis plusieurs jours ainsi que son absence de collaboration avec les services médicaux et sociaux ont pu légitimer un placement en urgence à la naissance (CA Toulouse, 7 décembre 2012, RG n° 12/00109).

³ CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182507.

indispensable puisque les parents n'étaient pas en mesure d'accueillir l'enfant dans de bonnes conditions¹. Un placement en urgence paraît également justifié dans ces situations.

201. Le placement en urgence du mineur : la preuve d'une défiance envers les parents. – La gravité de certaines situations peut justifier un éloignement en urgence du mineur. L'article 375-5, alinéa premier du Code civil autorise le juge des enfants à prononcer en urgence un accueil provisoire de l'enfant victime de sa famille. Cette modalité d'accueil du mineur est la preuve d'une certaine défiance à l'égard des parents, car il n'est pas possible d'attendre « *pour prendre la nécessaire mesure de protection et d'éloignement du mineur* »². Ce serait notamment le cas lorsqu'il est évident que l'enfant est victime de violences parentales volontaires³, qu'il y a un rejet de l'enfant par ses parents et un risque élevé de réitération des faits. Cela sera d'autant plus vrai si l'enfant, victime d'un grand traumatisme, refuse de retourner dans sa famille ou que ses parents refusent de le reprendre⁴. De même, la dégradation de la prise en charge proposée aux enfants et à une mère dépassée par les contraintes du quotidien, se disant en outre angoissée et avouant ne pas être en mesure de prendre en charge les enfants dans les jours suivants a pu justifier un placement en urgence par le juge de l'assistance éducative⁵.

Le procureur de la République dispose du même pouvoir que le juge des enfants⁶, à charge pour lui de saisir le juge des enfants dans un délai de huit jours, celui-ci étant alors tenu de se prononcer dans un délai de quinze jours⁷. Le procureur de la République pourra ainsi placer en urgence l'enfant à sa naissance⁸ ou lorsque les parents éprouvent des difficultés à prendre en charge l'alimentation, l'hygiène, le rythme de vie ainsi que la sécurité des enfants qui se mettent en danger⁹. Cette décision du procureur de la République est encore possible dans un contexte de dénonciation, par les mineurs, de faits de violences répétées de la part de leur mère et du

¹ CA Paris, 22 avril 2011, RG n° 11/00183. Le père et la mère sont en outre détenus provisoirement en raison de leurs mises en examen pour viol sur la personne de mineures de 15 ans, viol par ascendant ou personne ayant autorité sur les victimes, viol en réunion, agression sexuelle sur mineure de 15 ans par ascendant ou personne ayant autorité sur les victimes et autres infractions pénales.

² HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 164.

³ CA Rennes, 12 juillet 2013, RG n° 13/00071 (une attitude éducative inadaptée a également été mise en évidence).

⁴ Sur l'ensemble de ces éléments : HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 164.

⁵ CA Limoges, 8 juillet 2013, RG n° 13/00035. Voir également pour des dysfonctionnements du couple conjugal : CA Rennes, 8 février 2013, RG n° 12/0034.

⁶ Art. 375-5, al. 2nd C. civ. Cette compétence du procureur de la République a été implicitement jugée conforme à la Constitution (Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, n° 12-40.025, QPC) et à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CA Douai, 6 février 2001, RG n° 2000/5657).

⁷ Art. 1184, al. 3 C. pr. civ.

⁸ CA Toulouse, 7 décembre 2012, RG n° 12/00109.

⁹ CA Limoges, 4 mars 2013, RG n° 12/00068.

compagnon de celle-ci¹. A cet égard, le placement en urgence du mineur victime de sa famille par le procureur de la République témoigne de la défiance des pouvoirs publics à l'égard des parents. Avant toute mesure d'assistance éducative, l'enfant est retiré de sa famille afin que sa protection soit assurée. Cela montre bien que l'autorité parentale n'est pas exercée dans l'intérêt supérieur du mineur. Il est dès lors permis de penser que le placement en urgence de l'enfant aboutira à une séparation durable du mineur et de sa famille. L'exercice de l'autorité parentale s'en trouvera alors nécessairement impacté.

ii/ Les conséquences de la séparation durable sur l'exercice de l'autorité parentale

202. La durée du placement. – Le placement durable décidé par le juge des enfants doit présenter un caractère temporaire, ce d'autant plus que la Cour de Strasbourg critique les mesures d'accueil dont la durée est illimitée². Sur ce point, la législation interne est conforme à la jurisprudence européenne. Le placement, comme toute mesure d'assistance éducative, est limité dans le temps. La mesure d'accueil, exercée par un service ou une institution, ne peut ainsi pas excéder deux ans³. Par conséquent, le magistrat ne peut pas décider de confier un enfant à l'ASE ou à un établissement public ou privé à compter d'une certaine date sans en fixer la durée⁴. Cette période maximale de deux ans constitue un compromis entre la nécessité d'assurer la protection et la stabilité du mineur et le respect de l'objectif du retour de l'enfant dans sa famille⁵. Il existe donc toujours un espoir de restauration de l'autorité parentale nonobstant le fait que l'enfant est durablement privé de sa famille.

La décision de placement pour une durée de deux ans n'est pas irréversible. A échéance, mais aussi à tout moment, le juge peut, d'office ou à la requête des parents ou du tiers à qui l'enfant a été confié, la modifier ou la rapporter si l'évolution de la situation le justifie⁶. En effet, le placement doit être levé dès lors que les circonstances le justifiant ont disparu ou que

¹ CA Rennes, 30 novembre 2012, RG n° 12/00258 (le père des enfants dénonçait également la réalisation d'une circoncision pratiquée sur les mineurs sans son accord).

² Cour EDH, gr. ch., 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c/ Italie*, req. n° 39221/98 et n° 41963/98, § 216.

³ Art. 375, al. 3 C. civ. (quinze jours s'il s'agit d'un établissement de soins psychiatriques : art. 375-9, al. 1^{er} C. civ.).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juin 1991, n° 89-05.057 – Cass. civ. 1^{ère}, 18 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 204 – Cass. civ. 1^{ère}, 18 juin 1991, n° 90-05.039 – Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999, *Bull. civ. I*, n° 343.

⁵ Cour EDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, req. n° 31679/96, § 108 – Cour EDH, 18 décembre 2012, *Meirelles c/ Bulgarie*, req. n° 66203/10, § 74. Voir également : Cour EDH, 22 juin 1989, *Eriksson c/ Suède*, série A, n° 156, § 71 – Cour EDH, 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c/ Suède*, série A, n° 226-A, § 91 – Cour EDH, 27 novembre 1992, *Olsson c/ Suède* (n° 2), série A, n° 250, § 90 – Cour EDH, 23 septembre 1994, *Hokkanen c/ Finlande*, série A, n° 299-A, § 55.

⁶ Art. 375-6 C. civ.

l'évolution de la situation le permet¹. La Cour de cassation juge ainsi que la mesure de placement doit prendre fin dès que les conditions de l'article 375 du Code civil ne sont plus réunies². En ce sens, le juge des enfants peut mettre fin à la mesure avant l'expiration du délai de deux ans si la situation ne caractérise plus un état de danger pour la mineur³. A l'inverse, il peut décider de la renouveler⁴. Il doit alors motiver la décision⁵ refusant la restitution du mineur à ses parents⁶. En d'autres termes, le juge des enfants doit démontrer que « *les éléments de danger ayant justifié [le placement], à savoir, les carences éducatives et les difficultés des parents à répondre et à faire face aux besoins des enfants, à leur poser un cadre éducatif et des limites et à assurer leur protection, demeurent d'actualité* »⁷. Au demeurant, l'alinéa quatrième de l'article 375 du Code civil autorise le juge des enfants à déroger au principe de la durée maximale de la mesure lorsque l'enfant est confié à service ou une institution⁸.

Cette disposition est la preuve du défaut de confiance envers les parents⁹ et de leur incapacité à exercer leurs prérogatives dans l'intérêt de l'enfant. Cette possibilité s'inscrit à contresens du principe selon lequel le mineur doit être maintenu, dans la mesure du possible, dans sa famille, qu'il faut soutenir dans son ensemble. En réalité, cette dérogation rend illusoire toute

¹ Cour EDH, *Olsson c/ Suède* (n° 1) précité, § 81 – Cour EDH, 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*, req. n° 17383/90, § 78.

² En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 162.

³ Par exemple : CA Rennes, 12 juillet 2013, RG n° 12/00328.

⁴ Dans ce cas, le raisonnement gouvernant le refus de main levée du placement est identique à celui qui s'applique à la décision initiale de prise en charge du mineur hors du domicile familial (Cour EDH, *Olsson c/ Suède* (n° 1) précité, § 70 et s. – Cour EDH, *Johansen c/ Norvège* précité, § 67 et s.). La mesure n'est donc renouvelable que pour une durée maximale de deux ans. En outre, si l'enfant a été placé dans un établissement psychiatrique, le renouvellement n'est possible que pour une période d'un mois (art. 375-9, al. 2 C. civ.).

⁵ Art. 375, al. 3 *in fine* C. civ.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 1972, *Bull. civ. I*, n° 26 – Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009, n° 07-19.579.

⁷ CA Rennes, 6 septembre 2013, RG n° 12/00183. Les juges ont ajouté que « *malgré l'attachement réel des parents et la souffrance qu'engendre la séparation, le placement dont les enfants tirent profit, reste en l'état la mesure la plus conforme à leur évolution et besoin de sécurité* ». Le renouvellement de la mesure d'assistance éducative soulève la question de la pertinence de l'assistance judiciaire de la famille. En effet, si la procédure d'assistance éducative est insuffisante pour remédier aux difficultés et permettre aux parents d'exercer leurs prérogatives dans l'intérêt de l'enfant, il peut être opportun d'organiser une mesure de suppléance des père et mère, ce d'autant plus si l'enfant a été placé hors du domicile familial. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » a ainsi proposé de sécuriser la situation de l'enfant en envisageant la possibilité d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 53 et s., spé. p. 55). En effet, si l'autorité parentale n'a pas pu être restaurée à l'expiration d'un certain délai et qu'un renouvellement de la mesure est nécessaire, il est permis de s'interroger sur les capacités des parents à prendre en charge leur progéniture.

⁸ Ce texte dispose que si les parents « *présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d'accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure, afin 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* ». A contrario, « *il n'y a aucune limitation de durée lorsque le mineur est confié à l'un de ses parents, à un membre de sa famille, ou à une personne désignée comme tiers digne de confiance* » (HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 270). Dans cette seconde situation, la mesure d'accueil durable de l'enfant peut donc se poursuivre jusqu'à la majorité du mineur (Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 17).

⁹ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

assistance de la famille. Elle est susceptible d'aboutir à une suppléance de la famille. Elle paraît donc inadaptée à la procédure d'assistance éducative¹. La disposition se réfère effectivement aux « *compétences* » des parents « *dans l'exercice de leur responsabilité* ». L'autorité parentale serait directement visée par cette dérogation à la durée maximale de deux ans. C'est la raison pour laquelle il conviendrait de prévoir une mesure davantage adaptée à la situation², puisqu'il est présumé que les parents sont incapables d'exercer leur autorité. Une mesure de suppléance de la famille, comme une délégation de l'exercice de l'autorité parentale³, serait alors plus adéquate pour protéger les mineurs compris dans cette catégorie classique d'enfant victime de sa famille⁴. A cet égard, « *la mise en œuvre de cette disposition doit rester exceptionnelle et solidement motivée* »⁵ pour ne pas devenir le principe, ce d'autant plus que le juge des enfants n'est tenu de convoquer la famille à une audience que tous les trois ans⁶.

203. Le lieu du placement. – Le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien de ses liens avec ses frères et sœurs en application de l'article 371-5 du Code civil⁷. En outre, lorsque le mineur est confié au service de l'ASE, le représentant légal du mineur doit donner son avis par écrit préalablement au choix du mode et du lieu de placement et à toute modification apportée à cette décision⁸. De ce point de vue, les père et mère sont susceptibles d'exprimer leur opinion sur la manière dont l'enfant sera durablement séparé de la

¹ Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » relève qu'il ressort des conditions du texte que le juge des enfants est confronté à une situation de carence parentale par hypothèse durable. La recherche du soutien des père et mère pour leur permettre de retrouver leurs capacités éducatives paraît donc vaine (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 54). La restauration de l'autorité parentale ne semble dès lors pas envisageable.

² Lors des débats parlementaires, les cas de l'enfant dont le parent souffre d'une grave pathologie mentale ou celui dont le parent a été condamné à une longue peine ainsi que la situation de l'adolescent placé trois ou quatre ans avant sa majorité ont été évoqués (EUDIER (F.), CHAMBONCEL-SALIGUE (P.), précité, *RJPF*, 2007-11/11). Or, dans ces hypothèses, le parent est manifestement dans l'impossibilité d'exercer ses prérogatives, ce qui justifierait une action directe sur l'autorité parentale. En outre, la circulaire d'application du décret du 30 décembre 2008 relatif au placement des mineurs et à la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial envisage justement la nécessité de statuer durablement sur les conditions d'exercice de l'autorité parentale, notamment par le biais d'une délégation d'autorité parentale lors de l'audience triennale obligatoire prévue à l'article 1200-1, alinéa deuxième du Code de procédure civile (Circ. d'application du décret n° 2008-1486 du 30 décembre 2008 précitée, 3 mars 2009, NOR : JUSF0823972D, p. 3). Une mesure de suppléance de la famille doit dès lors être envisagée dès l'origine.

³ Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de compléter l'alinéa quatrième de l'article 375 du Code civil. Le juge des enfants devrait ainsi expliquer, par une décision spécialement motivée, pourquoi cette mesure est préférable à une décision de délégation de l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 377 du même Code (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 53 et s., spé. p. 57).

⁴ En ce sens : HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 271.

⁵ EUDIER (F.), CHAMBONCEL-SALIGUE (P.), précité, *RJPF*, 2007-11/11.

⁶ Art. 1200-1, al. 2nd C. pr. civ.

⁷ Art. 375-7, al. 3 C. civ.

⁸ Art. L. 223-3 C. act. soc. et fam.

famille. Cela est d'autant plus vrai que le juge des enfants doit rechercher leur adhésion¹. L'impact du placement durable sur l'exercice de l'autorité parentale est donc relatif, étant donné que les parents doivent donner leur avis à la décision fixant le lieu d'accueil du mineur.

Ce respect de l'autorité parentale souffre néanmoins d'une exception. L'alinéa sixième de l'article 375-7 du Code civil autorise effectivement le juge des enfants, si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, à décider de l'anonymat du lieu d'accueil². Cette mesure, particulièrement attentatoire au regard des droits parentaux, doit demeurer exceptionnelle et être spécialement motivée³. Seules des circonstances extrêmement impérieuses pourront justifier de garder secret le lieu d'accueil du mineur⁴, notamment s'il existe un risque d'enlèvement de l'enfant. Il n'en demeure pas moins que la décision portant sur le lieu d'accueil du mineur peut implicitement porter atteinte aux droits des parents. En effet, le juge des enfants, sans recourir à l'anonymat du lieu d'accueil, peut décider que l'enfant sera placé à un endroit suffisamment éloigné du domicile familial pour empêcher les fugues de l'enfant et le couper de ses anciennes relations qui compromettent le travail éducatif entrepris⁵. Les parents perdent l'exercice du droit de garde dans ces situations, l'enfant ne demeurant plus auprès d'eux.

204. La perte du droit de garde. – En principe, les parents ne perdent que le droit de choisir la résidence habituelle du mineur. C'est le juge des enfants, ou l'ASE si l'enfant lui est confié, qui décidera du lieu d'accueil. Si le magistrat retire l'enfant de son milieu habituel pour le confier à un tiers, il fixe indirectement la résidence du mineur hors du domicile familial. L'enfant aura sa résidence chez l'autre parent, auprès d'un autre membre de la famille ou d'un tiers digne de confiance, du service de l'ASE, d'un service ou d'un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge, ou d'un service ou d'un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé. Dans l'hypothèse où l'enfant est confié à l'ASE, ce sera le responsable du service qui déterminera le mode et le lieu d'accueil sauf à ce que le juge des enfants assortisse sa décision de modalités particulières ou d'une indication de lieu. Les parents ne peuvent que donner leur avis préalable par écrit selon

¹ *Infra.* § 217 et s.

² Dans l'arrêt *Vautier c/ France*, La Cour européenne des Droits de l'Homme a admis que le fait de tenir secret le lieu de placement de l'enfant était justifié « *en raison des obstacles mis par la requérante au bon déroulement des mesures d'encadrement et d'accompagnement décidées précédemment. Celle-ci n'acceptait pas les formes d'aide proposées et manifestait une hostilité, voire une agressivité, à l'égard du personnel des services sociaux chargé d'aider ses filles* » (Cour EDH, 26 novembre 2009, *Vautier c/ France*, req. n° 28499/05, § 73).

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 792.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), « La loi n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, A la recherche de nouveaux équilibres », *D.*, 2007, p. 1090 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 792.

⁵ CA Angers 11 décembre 1992, Jurisdata n° 1992-051115.

l'article L. 223-3 du Code de l'action sociale et des familles. En ce sens, les parents perdent le pouvoir de fixer la résidence du habituelle du mineur, ce qui fait automatiquement cesser toute cohabitation juridique entre l'enfant et ses père et mère¹. Ces derniers ne sont par ailleurs plus responsables des dommages causés par leur enfant placé chez un tiers au titre d'une mesure d'assistance éducative.

La Cour de cassation a jugé que « *la décision du juge des enfants confiant à une personne physique ou morale la garde d'un mineur en danger, par application des articles 375 et suivants du Code civil, transfère au gardien la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler le mode de vie du mineur et donc la responsabilité de ses actes, celle-ci n'étant pas fondée sur l'autorité parentale mais sur la garde* »². Par conséquent, le tiers est responsable de plein droit, cette responsabilité reposant « *sur la "garde juridique" ou "l'autorité" qui leur est transférée par la décision du juge des enfants* »³. Si l'intervention du juge des enfants fait obstacle à la responsabilité des père et mère sur le fondement de l'article 1384, alinéa quatrième, c'est parce que sa décision judiciaire fait cesser la cohabitation⁴. La qualité de gardien est reconnue au tiers qui accueille le mineur⁵. En outre, les père et mère ne sont plus en mesure d'orienter le quotidien du mineur puisqu'ils ont perdu leur droit de surveillance, corollaire du droit de garde.

205. Les relations de l'enfant avec les membres de la famille ou des tiers. – Outre le fait que les parents ne puissent plus fixer la résidence du mineur, ces derniers perdent également le droit de décider des modalités et de la fréquence des rencontres avec leur enfant. De même, ils ne peuvent plus organiser les relations du mineur avec des tiers, parents ou non. Ces prérogatives appartiennent directement au juge des enfants⁶ dont la compétence est exclusive pour la Cour de

¹ Cass. civ. 2^{ème}., 20 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 14.

² Cass. crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 357. Dans le même sens : Cass. crim., 26 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 124 – Cass. civ. 2^{ème}., 9 décembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 189 – Cass. civ. 2^{ème}., 20 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 15 – Cass. crim., 15 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 233 – Cass. civ. 2^{ème}., 7 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 129 – Cass. civ. 2^{ème}., 22 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 157. Egalement : CE, 3^e et 8^e s.-sect. réunies, 13 février 2009, *Département de Meurthe-et-Moselle*, n° 294265. En outre, la responsabilité civile du tiers gardien demeure lorsque le mineur est hébergé ou habite avec ses parents lorsqu'aucune mesure judiciaire n'a interrompu ou suspendu la mission éducative confiée au tiers gardien par le juge des enfants (Cass. civ. 2^{ème}., 6 juin 2002, *Bull. civ. II*, n° 120, (3 arrêts) – Cass. crim., 8 janvier 2008, *Bull. crim.*, n° 3 ; voir également : Cass. civ. 2^{ème}., 7 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 129). Il est dès lors permis de penser que l'accueil de jour prive les parents du droit de garde même si cette mesure n'entraîne pas de séparation durable. L'enfant est effectivement confié au tiers gardien par le juge des enfants puisqu'il s'agit d'une mesure d'accueil.

³ AUTEM (D.), « La responsabilité civile du fait d'autrui à l'épreuve de la réforme de la protection de l'enfance », *RDSS*, 2012, p. 134.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), RADÉ (C.), « La responsabilité du fait du mineur placé », *AJ fam.*, 2007, p. 71 ; AUTEM (D.), précité, *RDSS*, 2012, p. 134.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 22 mai 1974, *Bull. civ. I*, n° 155.

⁶ Art. 375-7, al. 4 C. civ.

cassation. Dans son arrêt du 9 juin 2010¹, la Haute juridiction s'est référée non seulement aux articles 371-4, alinéa deuxième et 375-1 du Code civil, mais aussi à l'article 375-7, alinéa premier du même code. Cela montre bien que « *la Cour de cassation a sans doute voulu signifier que dès lors que l'enfant est placé, ses relations avec son entourage ne relèvent plus des prérogatives parentales* »², mais de la compétence du juge des enfants. Pour autant, la mise en œuvre d'une mesure d'accueil durable du mineur n'est pas de nature à faire obstacle ni au maintien des liens parents-enfants ou avec ses frères et sœurs³ ni aux relations de l'enfant avec des tiers ou d'autres membres de la famille, notamment les grands-parents⁴. C'est au juge de l'assistance éducative qu'il revient d'en fixer les modalités. Seul l'intérêt de l'enfant peut conduire le magistrat à suspendre les relations entre l'enfant placé et ses aïeux⁵.

206. L'accomplissement des actes usuels et non usuels de l'autorité parentale⁶. – La rupture de la cohabitation entre l'enfant et ses parents justifie que ces derniers ne soient plus en mesure de fixer la résidence habituelle du mineur ou d'organiser ses relations avec des tiers. Ces attributs de l'autorité parentale sont effectivement incompatibles avec la mesure de protection, ce qui justifie que les père et mère ne puissent plus les exercer librement⁷. Au demeurant, les parents conservent *a priori* l'exercice de leurs autres prérogatives⁸. Le tiers, chez qui l'enfant est placé, devra donc solliciter voire obtenir l'accord des parents pour les choix importants relatifs à la vie de l'enfant⁹. Les père et mère doivent être associés aux décisions essentielles engageant l'avenir du mineur¹⁰. Cette démarche du tiers auprès des père et mère ne signifie cependant pas que ces derniers doivent intervenir pour chaque décision courante.

La répartition des pouvoirs entre les parents et le tiers gardien s'opère sur le fondement de l'article 373-4 du Code civil. Cette disposition donne de plein droit compétence au tiers gardien pour l'accomplissement de certains actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 130 ; *D.*, 2010, p. 2343, note HUYETTE (M.) ; *D.*, p. 2092, obs. AUROY (N.) ; *D.*, 2011, p. 1995, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *AJ fam.*, 2010, p. 325, obs. DURAND (E.) ; *RTD civ.*, 2010, p. 546, obs. HAUSER (J.) ; *Petites affiches*, 31 mai 2011, n° 107, p. 17, note AUTEM (D.).

² GOUTTENOIRE (A.), précité, *D.*, 2011, pan., p. 1995.

³ Art. 375-7, al. 3 et 4 C. civ.

⁴ CA Riom, 12 novembre 2002, *Jurisdata* n° 2002-202446 – CA Riom, 17 décembre 2002, *Jurisdata* n° 2002-219061.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 2006, n° 05-15.902.

⁶ Ces règles s'appliquent également si le mineur fait l'objet d'un accueil de jour en raison du fondement textuel de cette mesure. Le mineur est confié à un tiers gardien dans le cadre de l'assistance éducative (*supra*, § 193).

⁷ Art. 375-7, al. 1^{er} C. civ. (l'émancipation sans l'accord du juge des enfants est en outre impossible).

⁸ Les parents conservent en principe toutes leurs prérogatives d'autorité parentale, le tiers à qui l'enfant a été confié n'en exerçant aucune (ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 91).

⁹ En outre, les parents conservent le droit d'être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant (CA Paris, 10 juin 1997, *Jurisdata* n° 1997-022630).

¹⁰ En ce sens : ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 93.

l'enfant¹. Cette règle devra néanmoins être portée à la connaissance des parents puisqu'elle porte atteinte à l'exercice de leurs droits et pourrait marginaliser leur rôle à l'égard du mineur durablement séparé de sa famille². *A contrario*, tous les actes non usuels de l'autorité parentale ne pourront être accomplis que par les titulaires de cette autorité³. Pour cette catégorie d'acte, le tiers devra systématiquement solliciter l'accord des parents. Il ne doit pas seulement recueillir leur avis. Dans le même sens, le tiers gardien ne peut en principe pas s'opposer à la décision des père et mère d'accomplir un acte non usuel de l'autorité parentale. En effet, lorsque le mineur cohabite avec ses parents, la décision qu'ils prennent à son égard n'est pas contestée. Rien ne justifie que ce choix soit refusé au motif que l'enfant vit dans un lieu d'accueil. Si la décision parentale est différente de celle qu'aurait prise le tiers ou un autre parent, mais reste conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'est pas possible d'affirmer que l'orientation voulue par les père et mère est inconciliable avec la mesure de séparation durable. Les parents auraient pu légitimement adopter une telle position si l'enfant vivait avec eux. En outre, l'accueil durable du mineur hors du domicile familial est une mesure provisoire. Il est donc cohérent de privilégier une participation continue des parents afin que des décisions successives et incohérentes ne soient pas prises à l'égard du mineur⁴. Dès lors, rien ne devrait faire obstacle à l'éducation religieuse choisie par les parents. Le choix de la religion de l'enfant est une prérogative appartenant exclusivement aux père et mères, à condition qu'ils l'exercent dans la limite de l'intérêt supérieur du mineur⁵. C'est un attribut de l'autorité parentale. C'est la raison pour laquelle le choix d'un sacrement pour l'enfant relève de l'exercice de cette autorité. Il ne peut être écarté au seul motif que le service gardien n'y est pas favorable. Pareillement, il n'appartient pas au juge des enfants de s'opposer au baptême de l'enfant placé durablement, sauf à démontrer que ce rituel religieux est contraire à l'intérêt du mineur ou que cela le mettrait en danger. Il ne peut ainsi pas être refusé à la mère d'organiser le baptême de son enfant à condition de préparer l'enfant à ce moment particulier,

¹ Le tiers gardien ne peut évidemment pas requérir l'avis des parents pour décider de l'heure du réveil matinal, des repas, de l'inscription dans une école ou à la cantine, des loisirs ou encore d'une soirée d'anniversaire (en ce sens : LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 76).

² GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 558. Les juridictions de l'assistance éducative la mentionnent parfois dans leur décision en précisant que le tiers gardien sera habilité à effectuer tous les actes usuels de la vie courante (CA Amiens, 31 mai 2007, Jurisdata n° 2007-343320 – CA Amiens, 20 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-345474 – CA Amiens, 20 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-354484 – CA Amiens, 28 février 2008, Jurisdata n° 2008-358660 – CA Amiens, 28 février 2008, Jurisdata n° 2008-358661 – CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, *Petites affiches*, 28 septembre 2012, n° 195, p. 5, note DOURIS (M.)).

³ Ces actes concernent par exemple la santé, l'éducation, l'orientation religieuse, ou les déplacements du mineur.

⁴ Par exemple, il est « absurde qu'une orientation scolaire soit choisie par les parents tant que leur enfant est avec eux, que les éducateurs fassent un autre choix tant qu'ils accueillent le mineur, pour que les parents reviennent à la première décision » une fois que la séparation durable a pris fin (HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 312 ; également : LHUILLIER (J.-M.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009, p. 198).

⁵ En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.72.

dont le déroulement précis devra être soumis au service gardien par la mère après l'accord du père, détenteur également de l'autorité parentale sur l'enfant¹.

Le postulat selon lequel un acte non usuel de l'autorité parentale ne peut être réalisé sans l'accord exprès des parents n'est pas absolu. Le législateur a effectivement ouvert une brèche dans ce principe afin de répondre à une situation pour le moins paradoxale. Le mineur placé sous la surveillance d'un tiers gardien n'en demeurerait pas moins soumis à l'autorité de ses parents². Le refus ou l'impossibilité des parents d'accomplir un acte non usuel de l'autorité parentale est susceptible d'entraîner une situation contraire à l'intérêt supérieur du mineur. Le juge des enfants doit alors pouvoir apprécier la compatibilité de la décision des père et mère avec l'intérêt de l'enfant, notamment si la position parentale peut nuire à l'enfant³. Cette dérogation au principe est néanmoins « *strictement encadrée puisqu'elle n'est ouverte que dans les cas de blocage avéré, la preuve de celui-ci étant à la charge du gardien de l'enfant, et pour certains actes limitativement déterminés par le juge* »⁴. Les conditions cumulatives de l'autorisation d'un acte non usuel de l'autorité parentale par le juge des enfants sont fixées à l'alinéa deuxième de l'article 375-7 du Code civil⁵. Elle ne peut donc pas porter sur les actes de la vie courante⁶. Cette autorisation ne peut concerner qu'un acte déterminé. Autrement dit, elle ne peut pas consister en une délégation d'autorité parentale au tiers gardien⁷. Ainsi, un juge des enfants peut décider que l'ASE est exceptionnellement compétente pour autoriser des enfants à participer à une colonie de vacances durant l'été, mais il ne peut attribuer au service gardien une délégation générale des prérogatives

¹ CA Douai, 8 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-000133, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 69, obs. NEIRINCK (C.). En outre, l'argument selon lequel l'enfant ne mettrait aucun sens au baptême n'est pas retenu. La plupart des baptêmes célébrés dans la religion catholique touche des nourrissons ou de très jeunes enfants pour lesquels aucune question sur leur faculté de discernement n'est posée à leurs parents. Le choix de la mère s'impose donc au service gardien car elle aurait pu légitimement prendre cette décision si l'enfant vivait avec elle. Il appartient toutefois à la mère d'expliquer à l'enfant le sens de cette cérémonie religieuse en présence d'un professionnel de l'enfance « *apte à mesurer les incidences de ce projet sur l'enfant et la capacité maternelle à communiquer avec sa fille, ce qui n'est somme toute qu'une des facettes du travail éducatif mené depuis plusieurs années* ».

² SOUCHER (M.), précité, in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et *al.*, *op. cit.*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 19, spé. p. 72.

³ Si la décision parentale relative à un acte non usuel de l'autorité est contraire à l'intérêt de l'enfant, il paraît cohérent que le tiers gardien puisse prendre une décision ou maintenir son choix auquel s'opposent les parents (LHUILIER (J.-M.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009, p. 198).

⁴ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 76.

⁵ Il faut que l'intérêt de l'enfant justifie une telle dispense du consentement des parents et être en présence d'un refus abusif ou injustifié ou de négligences des détenteurs de l'autorité parentale. Le tiers gardien devra préalablement rechercher l'accord des père et mère et démontrer l'utilité de la mesure. Il n'est pas nécessaire que les refus ou les négligences des parents mettent en danger l'enfant. Il suffit que leur comportement porte préjudice aux intérêts du mineur pour que le juge des enfants « délègue » ponctuellement au tiers gardien l'accomplissement d'un acte non usuel de l'autorité parentale.

⁶ CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, *Petites affiches*, 28 septembre 2012, n° 195, p. 5, note DOURIS (M.).

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-26.444 – CA Amiens, 6 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-345472. Voir également : CA Dijon, 8 février 2008, RG n° 08/00011 – CA Douai, 20 janvier 2009, *JDJ-RAJS*, avril 2009, n° 284, p. 60, comm. VERDIER (P.) – CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, *Petites affiches*, 28 septembre 2012, n° 195, p. 5, note DOURIS (M.).

de l'autorité parentale s'appliquant à toutes les périodes de vacances scolaires jusque Noël. Dans cette espèce, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a justement précisé que « *le caractère exceptionnel d'une autorisation donnée par le juge des enfants nécessite que les actes dont l'autorisation est sollicitée soient précisément identifiés et que le refus abusif ou injustifié des parents ou leurs négligences soient démontrés pour chacun d'eux* »¹.

La possibilité pour le juge des enfants d'autoriser le tiers gardien à effectuer un acte non usuel de l'autorité ne déroge pas aux dispositions de l'article 373-4 du Code civil². Elle n'est qu'un aménagement temporaire et exceptionnel de l'autorité parentale. Elle traduit cependant une certaine défiance à l'égard des parents. Ces derniers ne semblent pas aptes à prendre une décision dans l'intérêt de l'enfant, ce qui démontre que le mineur, même placé durablement, peut être la victime de sa famille en raison du choix ou du non-choix de ses père et mère d'autoriser un acte non usuel de l'autorité parentale. La décision du juge des enfants autorisant l'accomplissement d'un tel acte par le tiers gardien est dès lors susceptible de paralyser toute l'action éducative mise en œuvre. En outre, elle ne doit pas faire obstacle à l'association des parents à toutes les décisions relatives à leur enfant. Si de telles autorisations du juge des enfants sont trop fréquentes, il paraît néanmoins souhaitable de suppléer les père et mère dans l'exercice de leurs prérogatives, compte tenu de leur incapacité à prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. L'assistance de la famille ne semble effectivement pas efficace. En d'autres termes, la procédure d'assistance éducative n'est pas suffisante pour protéger le mineur victime de sa famille. Une mesure de suppléance de la famille pourrait dès lors être envisagée, telle une délégation de l'exercice de l'autorité parentale, ce qu'a proposé le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption »³. Cette idée a été consacrée dans la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014. Une délégation forcée de l'autorité parentale pourrait être ordonnée toutes les fois où « *les parents s'abstiennent ou refusent, de façon répétée, d'effectuer des actes importants en application du deuxième alinéa de l'article 375-7* »⁴. Les hypothèses de graves défaillances des parents, alors qu'il existe une assistance judiciaire de la famille et un placement de l'enfant, seraient donc traitées au titre d'une mesure de suppléance. De ce point de vue, une véritable articulation serait créée entre les deux dispositifs de protection de l'enfant victime de sa famille, étant donné que l'assistance et la

¹ CA Aix-en-Provence, 26 mars 2010, RG n° 09/00175.

² Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose d'introduire cette référence à l'article 375-2, alinéa deuxième du Code civil (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 56).

³ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 53 et s.

⁴ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 15.

suppléance de la famille ne seraient pas détachées l'une de l'autre. Ce serait également l'occasion de prendre en considération la situation de délaissement dont l'enfant fait l'objet, puisque les titulaires de l'autorité parentale refuseraient *a priori* d'accomplir des actes non usuels de cette autorité dans l'intérêt de l'enfant. Malgré cette atteinte à l'unité de la famille, il n'en demeure pas moins que les liens entre l'enfant et ses parents doivent en principe être maintenus.

c/ L'encadrement des liens familiaux en cas de séparation durable de l'enfant et de sa famille

207. La suppression du droit de visite et d'hébergement. – L'imprévisibilité de certaines situations suppose de pouvoir moduler dans le temps et sous le contrôle du juge des enfants les modalités du droit de visite et d'hébergement. Lorsque des parents de confiance deviennent soudainement gravement défaillants, il est inopportun de maintenir des relations entre l'enfant et sa famille dans les conditions qui avaient été définies par le jugement, car cela pourrait causer un préjudice supplémentaire à l'enfant¹. En effet, le maintien d'un droit de visite et d'hébergement ou du droit de correspondance, s'il est une marque de confiance², est conditionné par l'intérêt de l'enfant³, puisque la décision judiciaire, organisant la séparation du mineur et de sa famille, est justifiée par la qualité de victime de l'enfant et les carences parentales. En outre, le danger peut permettre la suppression de tout droit de visite et d'hébergement des parents dans le cadre de la procédure d'assistance éducative⁴.

En principe, « *les parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement* »⁵. Ces droits sont dissociables, ce qui permet au juge des enfants de supprimer l'un d'entre eux ou, si des circonstances exceptionnelles le justifient, l'ensemble de ces droits. Le juge des enfants peut donc supprimer le droit d'hébergement tout en maintenant un droit de visite limité⁶. Ce n'est que si les particularités de la situation familiale ne permettent pas le maintien des liens familiaux que le magistrat refusera tout contact entre l'enfant et ses parents, en particulier si cela expose l'enfant à un nouveau danger ou à des risques de perturbations

¹ HUYETTE (M.), précité, *D.*, 1999, jurispr., p. 123.

² *Supra.* § 188.

³ Seul l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier une suspension du droit de visite et d'hébergement ou une interruption totale des contacts parents-enfants (Cour EDH, *B. c/ Royaume-Uni* précité, § 77 – Cour EDH, *Johansen c/ Norvège* précité, § 78 – Cour EDH, 11 décembre 2012, *Ball c/ Andorre*, req. n° 40628/10, § 58 – Cour EDH, 12 février 2013, *Vojnity c/ Hongrie*, req. n° 29617/07, § 41).

⁴ En ce sens : DESLOGE (P.), « La compétence du juge des enfants en matière de réglementation du droit de visite », *AJ fam.*, 2010, p. 530.

⁵ Art. 375-7, al. 4 C. civ.

⁶ CA Riom, 12 novembre 2002, Jurisdata n° 2002-202505 – CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219084 – CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219077.

majeures¹. C'est au juge des enfants qu'il revient d'apprécier la situation. Il lui appartient de motiver précisément sa décision² en indiquant « *en quoi l'exercice de l'autorité parentale, sans peut-être mettre vraiment l'enfant en danger, serait certainement contraire à ses intérêts* »³. Les éléments qui justifient le relâchement des liens familiaux doivent donc être exactement décrits par le magistrat. Pour suspendre, réduire ou refuser un droit de visite et d'hébergement, le juge des enfants devra établir l'existence de motifs graves faisant obstacle au maintien des relations familiales. Ainsi, si le mineur est judiciairement confié à l'autre parent par le juge des enfants, ce sont les règles applicables en cas de séparation des père et mère qui ont vocation à s'appliquer⁴. En d'autres termes, seuls des motifs graves peuvent justifier l'absence de droit de visite et d'hébergement. Cela est d'autant plus vrai que cette notion de motifs graves renvoie au concept de danger⁵. La Cour de cassation admet que le juge des enfants est compétent pour supprimer l'exercice d'un droit de visite lorsque celui-ci place le mineur dans une situation de danger. Elle a effectivement jugé que le « *maintien [d'un droit de visite] dans les circonstances actuelles met gravement en danger la sécurité et l'éducation de l'enfant* »⁶. En outre, si le juge des enfants est compétent pour régler le droit de visite et d'hébergement des parents en présence d'un danger, il l'est également s'il démontre l'existence de motifs graves tenant à l'intérêt de l'enfant. L'article 375-7, alinéa quatrième du Code civil prévoit expressément que le juge des enfants peut suspendre l'exercice du droit de visite et d'hébergement des parents, si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige.

La suppression du droit de visite et d'hébergement des parents traduit une défiance à leur égard. Elle démontre que ces derniers ne sont pas capables d'agir dans l'intérêt et pour le bien être de leur progéniture, étant donné que leur comportement pendant l'exercice du droit de visite est néfaste pour le mineur⁷. Il arrive même que le comportement parental ait pour effet de majorer les troubles de l'enfant protégé, notamment lorsque le parent a une attitude inadaptée lors de l'exercice de son droit de visite, au demeurant non exercé depuis dix-huit mois, et irrespectueuse

¹ Par exemple, le droit de visite de la mère a été suspendu jusqu'à sa comparution devant le tribunal correctionnel pour agressions envers le personnel de l'ASE, car elle a tenté d'enlever son enfant. En outre, elle ne se préoccupe pas de la sécurité physique et de l'hygiène de son fils lors de ses visites et elle présente une personnalité franchement psychopathologique (CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219080).

² La Cour de cassation opère un contrôle de la qualité de la motivation des juges du fond (Cass. civ. 1^{ère}., 7 juin 1995, n° 94-05.028).

³ ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 21, 2008, § 104.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 25 novembre 2003, n° 01-14.070 (le droit de visite du père a été limité en raison de l'existence de motifs graves).

⁵ *Supra*. § 105.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 10 avril 1967, *Bull. civ. I*, n° 115.

⁷ CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051101 – CA Riom, 8 février 2000, Jurisdata n° 2000-110768 – CA Agen, 12 mai 2005, Jurisdata n° 2005-273566.

de la personne du mineur, de son jeune âge et de ses troubles d'anxiété¹. Cette défiance ne s'exerce pas qu'à l'égard des parents. En effet, l'emprise réelle et actuelle de grands-parents sur leur petit-fils et leur fille peut conduire à la suspension des contacts entre le mineur et ses grands-parents, ce d'autant plus si les aïeux tentent de maintenir l'enfant sous leur influence et si leur intervention est particulièrement perturbatrice pour l'équilibre du mineur². Dans le même sens, l'environnement de la grand-mère peut s'avérer néfaste à la bonne évolution des enfants, objet d'un placement en établissement, qui reviennent perturbés de leurs visites alors qu'ils se trouvent entourés d'autres membres de la famille touchés par l'alcoolisme. Cette situation justifie la suspension du droit d'hébergement de la grand-mère, nonobstant son affection pour les enfants, et le maintien du droit de visite mensuel par le juge des enfants³.

208. Une protection nécessaire et suffisante du mineur. – Le refus, la réduction ou la suppression du droit de visite et d'hébergement du parent « *font figure de dispositions suffisamment protectrices* »⁴ de la personne du mineur victime de sa famille. Le recours à une telle décision traduit une marque de défiance supplémentaire envers les parents car, malgré l'intervention judiciaire dans la famille, le mineur, bien que protégé, est toujours la victime de celle-ci. Il serait dès lors possible d'affirmer qu'il existe une défiance absolue à l'égard des membres de la famille, ces derniers étant écartés de la vie de l'enfant. Sans arriver à une telle extrémité, le législateur a permis au juge des enfants de mettre en place un droit de visite médiatisé. Ce dernier traduit tout autant une défiance, mais il permet de maintenir l'espoir d'une restauration de l'exercice de l'autorité parentale.

209. Le droit de visite médiatisé : une marque masquée de défiance à l'égard des père et mère. – La loi du 5 mars 2007⁵ a consacré le principe des visites médiatisées⁶. L'article 375-7 du Code civil autorise le juge des enfants à décider que le droit de visite du ou des parents

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2006, *Bull. civ.* I, n° 452.

² Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 2006, n° 05-15.902.

³ CA Angers, 12 juin 1992, *Jurisdata* n° 1992-051374.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 41.

⁵ L. n° 2007-293 précitée.

⁶ Les visites médiatisées ne doivent pas être confondues avec la médiation car si un intermédiaire intervient dans les relations familiales, il n'est pas un médiateur. En outre, la médiation est facultative et proposée aux parents tandis que les visites médiatisées sont imposées par le magistrat à des parents qui ne la souhaitent pas. Elles n'ont pas non plus pour objet de rechercher une solution à un conflit. Le droit de visite médiatisé est donc un procédé *sui generis* dont le seul point commun avec la médiation est la présence nécessaire d'un tiers (En ce sens : NEIRINCK (C.), « L'ambiguïté des visites médiatisées. Le point de vue de l'universitaire », *Dr. famille*, 2012, étude n° 18). L'IGAS estime néanmoins que les espaces de rencontres parents-enfants complètent le dispositif de médiation familiale, en particulier en cas de séparation conflictuelle afin de maintenir le lien des enfants avec le parent non gardien et de prévenir la rupture du lien familial (JACQUEY-VASQUEZ (B.), RAYMOND (M.), SITRUK (P.), *Evaluation de la politique de soutien à la parentalité*, *Doc. fr.*, 2013, p. 20).

de l'enfant placé ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui le mineur est confié¹. Le fait d'accorder aux parents un droit de visite médiatisé montre *a priori* qu'il est possible de faire confiance aux père et mère, ceux-ci pouvant maintenir des liens avec l'enfant, nonobstant son placement durable hors de la cellule familiale. Avant 2007, le recours à la médiatisation du droit de visite était déjà pratiqué par les juridictions d'assistance éducative afin d'assurer la sécurité du mineur lors des rencontres parents-enfants². La Cour de cassation sanctionnait cependant ces pratiques en estimant que le juge des enfants ne fixait pas lui-même la fréquence du droit de visite accordé³. Elle exige aujourd'hui qu'il détermine la périodicité du droit de visite médiatisé accordé pour ne pas laisser celui-ci à l'appréciation d'un tiers⁴. Le recours à un droit de visite médiatisé doit demeurer une solution exceptionnelle et transitoire⁵ lorsque l'assistance dans la défiance ne permet pas d'accorder aux parents un droit de visite traditionnel. Autrement dit, il n'est en réalité pas possible de leur faire confiance au cours des rencontres avec l'enfant. La médiatisation du droit de visite offre donc la possibilité d'établir, de maintenir ou de reprendre des liens entre un enfant et ses parents dans « *des situations parfois extrêmes dont on peut penser qu'elles auraient peut-être justifié une suppression pure et simple du droit de visite* »⁶. Elle suppose la présence d'un intermédiaire lors des rencontres parents-enfants. Ce tiers aura pour mission de sécuriser et de contrôler le déroulement de la visite⁷. La Cour de cassation a ainsi admis que la médiatisation des visites

¹ L'article 1199-2 du Code de procédure civile impose au service ou à l'établissement d'informer préalablement le juge des enfants de la désignation d'un espace de rencontre. Le tiers gardien institutionnel n'est donc pas tenu de recourir à un espace de rencontre. Il peut organiser le droit de visite médiatisé sur le lieu d'accueil du mineur dès lors qu'un tiers est présent (en ce sens : NEIRINCK (C.), « Le décret du 15 octobre 2012 relatif aux espaces de rencontre », *Dr. famille*, 2012, étude n° 20). L'information préalable du magistrat n'est alors pas nécessaire. Le juge des enfants peut toutefois désigner directement un espace de rencontre (CA Douai, 5 avril 2011, Jurisdata n° 2011-006774). C'est le sens de la circulaire du 20 juin 2013 relative à l'organisation et à l'agrément des espaces de rencontres (Circ. n° DGCS/SD2C/2013/240 du 28 juin 2013 relative à l'organisation et à l'agrément des espaces de rencontre destinés au maintien des liens entre un enfant et ses parents ou un tiers, NOR : AFSA1315581C, p. 3). A l'expiration de la mesure, le principe consiste à revenir à un exercice classique du droit de visite, mais cette solution n'est pas systématique. La procédure d'assistance éducative est un outil permettant de réguler l'exercice d'une autorité parentale défaillante. Ce n'est que si le juge des enfants constate une amélioration du comportement parental qu'il pourra modifier sa décision et mettre fin à la présence d'un tiers. Il se peut même qu'il ordonne la fin du placement et la mise en place d'une AEMO au domicile des parents ou d'un accueil séquentiel.

² Exemples : CA Paris, 5 février 2002, Jurisdata n° 2002-167069 – CA Riom, 2 avril 2002, Jurisdata n° 2002-182573 – CA Amiens, 31 mai 2007, Jurisdata n° 2007-343320 – CA Amiens, 20 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-354484.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 112. Egalement : Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.863 ; *contra* où la Cour de cassation reconnaît que les juges du fond ont déterminé la périodicité du droit de visite qui devait s'exercer en présence d'un tiers : Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 528.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-26.444.

⁵ En ce sens : JUSTON (M.), « Les liens entre la justice et le dispositif espace rencontre : qu'attend le juge aux affaires familiales quand il désigne un espace de rencontre ? », *Dr. famille*, 2012, étude n° 19.

⁶ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132. En ce sens : EGEA (V.), « Le décret n° 2012-1312 du 27 novembre 2012 parachève l'organisation textuelle des "espaces de rencontre" », *Dr. famille*, 2013, alerte n° 13.

⁷ Cet élément est rappelé par l'article D. 216-1 du Code de l'action sociale et des familles.

demeurait un cadre indispensable, pour que des mineures se sentent sécurisées lors de leurs rencontres avec leurs parents, et qu'elle restait nécessaire dans l'intérêt supérieur des enfants¹.

Cette modalité du droit de visite a pour objet « *d'atténuer les difficultés liées à un contexte familial traumatisant ou dangereux pour l'enfant* »², tout en faisant comprendre au parent qu'il ne doit pas réitérer son comportement dangereux³. L'idée consiste à protéger le mineur victime potentielle de sa famille en raison du danger et du préjudice qui résulteraient de la rencontre avec ses parents sans la présence d'un tiers⁴. La médiatisation du droit de visite démontre indéniablement que l'assistance de la famille se fait dans la défiance. Les parents ne sont pas en mesure de mobiliser leurs capacités éducatives au profit du mineur⁵. Le droit de visite médiatisé s'inscrit dans une logique anticipatrice d'un danger. Il faut éviter que l'enfant subisse un nouveau préjudice en raison des rencontres avec ses parents qui ne sont pas dignes de confiance⁶. Dès lors, l'introduction du droit de visite dans l'assistance éducative constitue, dans une certaine mesure, une délégation de l'autorité parentale déguisée pour Madame Claire NEIRINCK⁷. Le droit de visite médiatisé s'adresserait aux parents présentant « *des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale* »⁸. Or, ce sont des conditions identiques qui autorisent le juge des enfants à déroger au principe de la durée maximale de la mesure de placement lorsque l'enfant est confié à un service ou une institution, c'est-à-dire des situations où la preuve du défaut de confiance envers les parents⁹ et de leur incapacité à exercer leurs prérogatives dans l'intérêt de l'enfant est établie. Par conséquent, la médiatisation du droit de visite concernerait des parents qui « *sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale* »¹⁰ et qui peuvent voir l'exercice de leur autorité délégué par le juge aux affaires familiales. Le recours à une mesure d'assistance éducative et non à une

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2010, n° 08-70.385 (dans cette espèce, la Cour suprême relève que le danger lié à des violences physiques et à leurs séquelles psychiques a bien existé et demeure présent).

² NEIRINCK (C.), « Les services sociaux face à la médiatisation du droit de visite », *RDSS*, 2009, p. 941.

³ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 18.

⁴ Exemples : CA Agen, 25 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-212346 – CA Lyon, 29 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-025586 – CA Lyon, 19 décembre 2013, Jurisdata n° 2013-030798.

⁵ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 18.

⁶ Cette affirmation doit toutefois être nuancée. En effet, si la médiatisation du droit de visite se justifie par le comportement dangereux du parent qui en bénéficie, la volonté de restaurer ou de maintenir un lien entre le parent et son enfant n'est pas absente. Le tiers a effectivement pour mission de protéger le mineur, mais il doit également encourager la restauration ou le maintien des liens familiaux (en ce sens : GEBLER (L.), « Les points "rencontre" », *AJ fam.*, 2013, p. 171).

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2009, p. 941 ; NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 18.

⁸ Art. 375, al. 4 C. civ.

⁹ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132.

¹⁰ Art. 377, al. 2 C. civ.

délégation d'autorité parentale traduit alors « *une confiscation masquée de leurs droits* »¹, ce d'autant plus que les parents sont l'incapacité d'assumer dans l'avenir leur rôle². Ils ne sont en outre pas libres de se comporter comme ils le souhaitent ni de décider librement des activités de l'enfant³. Cette modalité du droit de visite constitue donc un cadre contraignant pour les parents. En effet, « *bien que parées de bonnes intentions, ces visites encadrées, surveillées, génèrent chez les parents une impression inévitable de suspicion à leur rencontre avec souvent le sentiment chez ces derniers d'être placés sous étroite surveillance* »⁴. Ainsi, « *les visites médiatisées – créées pour soutenir la parentalité – se sont bien muées en instrument de contrôle du comportement des parents* »⁵, lesquels ont cependant une place importante dans le déroulement de la procédure.

§ 2/ Les particularismes de la procédure d'assistance éducative

210. Le respect nécessaire des droits de la famille. – L'assistance judiciaire de la famille a pour objet la restauration de l'autorité parentale. Cet objectif constitue, dans une certaine mesure, un principe directeur de la procédure d'assistance même si celle-ci tend prioritairement à faire cesser l'état de danger et à protéger l'enfant. Il convient donc de respecter les droits des père et mère qui continuent d'exercer leurs prérogatives, bien que certains considèrent que le maintien de leur autorité n'est qu'artificiel⁶. En outre, si la protection du mineur appartenant à une catégorie classique d'enfant victime de sa famille a toujours semblé s'intéresser plus aux faits qu'au droit, cette affirmation n'a plus sa place aujourd'hui. Un véritable débat contradictoire s'est installé entre les différents acteurs de la protection de l'enfance et les familles⁷. La procédure judiciaire « *apparaît alors comme la contrepartie minimale d'une violence institutionnelle extrême, serait-elle infligée par un juge courtois et en quelque sorte paternel* »⁸. Cela est d'autant plus vrai que l'enfant ne peut pas trouver « *de protection dans un système niant les droits de la*

¹ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 18.

² La possibilité pour le juge des enfants d'autoriser exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale confirme cette idée de délégation masquée (art. 375-7, al. 2 C. civ.). Elle démontre à nouveau que le droit de visite médiatisé s'inscrit dans le cadre de l'assistance de la famille dans la défiance. En outre, les père et mère bénéficient d'un droit de visite médiatisé afin de répondre aux exigences de la procédure d'assistance éducative alors qu'il n'est pas obligatoire en matière de délégation de l'autorité parentale (*infra*. § 250).

³ NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2009, p. 941 ; NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 18.

⁴ KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, *RDSS*, 2013, p. 132. Dans le même sens : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2009, p. 941.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 18.

⁶ BONGRAIN (M.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 65 et s.

⁷ HUYETTE (M.), « Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 1998, chron., p. 218.

⁸ FOSSIER (T.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 60.

famille, niant même les droits de ses bourreaux si ses parents en étaient, niant ses propres droits »¹. L'idée consiste à défendre les familles contre la toute-puissance des institutions en accordant à ses membres un certain nombre de droits procéduraux. La procédure d'assistance éducative revêt certaines particularités tant dans la capacité juridique qui est conférée au mineur (A) que dans la recherche de l'adhésion des familles à la mesure de protection (B).

A/ La capacité juridique conférée au mineur

211. Un défaut de capacité relatif. – Le défaut de capacité du mineur tend à le protéger d'actions préjudiciables qu'il pourrait intenter, sauf lorsque cette action vise justement à le protéger. Cela démontre que le mineur n'est plus soumis à sa famille et que sa parole doit être prise en compte². Ce défaut de capacité est donc écarté en matière d'assistance éducative, étant donné qu'il est partie à la procédure³. Celle-ci ne consiste pas à obtenir l'application d'une règle de droit en justice. L'article 375 du Code de civil l'autorise ainsi à saisir le juge des enfants. Sa requête permet d'alerter le magistrat sur sa situation afin que celui-ci puisse décider de l'ouverture d'une procédure. Le mineur n'a pas à démontrer l'existence du danger qui n'est par ailleurs pas une condition nécessaire à la recevabilité de sa demande⁴. C'est au juge des enfants de se poser la question de sa compétence à travers le bien-fondé de l'initiative de l'enfant⁵. Le mineur possède indéniablement un intérêt concret pour intervenir dans la procédure d'assistance éducative. Il a le droit d'être informé (1), ce qui garantit, outre son accès au droit et à la justice⁶,

¹ FOSSIER (T.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 60.

² CORPART (I.), « La parole de l'enfant », *RRJ*, 2005-4, p. 1807.

³ DURAND (E.), « Brèves réflexions sur l'audition de l'enfant en assistance éducative », *AJ fam.*, 2014, p. 27.

⁴ ROBERT (P.), précité, *RTD civ.*, 1972, p. 26 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1290.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), « Mineurs », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2010, § 206. En outre, le mineur peut interjeter appel des décisions du juge des enfants jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la notification et à défaut, suivant le jour où il a eu connaissance de la décision (art. 1191 C. pr. civ.). Une limite entrave toutefois l'exercice de ce droit, car le dispositif des décisions n'est notifié qu'au mineur de plus de seize ans à moins que son état ne le permette pas (art. 1190, al. 2 C. pr. civ.). Il existe donc une insécurité juridique pour le mineur de seize ans, étant donné que le délai d'appel court à compter du jour où il a eu connaissance de la décision et non à compter du jour de la notification (art. 1191 C. pr. civ.). Dès lors, il est difficile de connaître la date à laquelle le jugement devient définitif lorsque la procédure concerne un mineur de seize ans ou dont l'état ne permet pas la notification (BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1291). Néanmoins, dans les faits, les décisions ne sont quasiment jamais notifiées aux mineurs, même de plus de seize ans. Cette pratique en contradiction avec la loi est préjudiciable aux droits du mineur. En effet, admettre que les jugements d'assistance éducative doivent être notifiées aux mineurs de plus de seize ans, c'est leur reconnaître une place importante dans la procédure (HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 151). Cette notification permet de garantir l'effectivité de la protection qui leur est accordée. De même, si le mineur a un droit personnel de faire appel, il doit avoir le discernement suffisant pour exercer cette prérogative. Il incombe alors aux juges du fond de vérifier qu'il possède cette capacité pour exercer ses prérogatives (Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 418).

⁶ GUINCHARD (S.), « L'accès des mineurs au droit ou l'illustration d'une démocratie qui se cherche », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris : Economica, 2008, p. 517.

sa participation au processus décisionnel et la défense de ses droits¹. Il pourra alors être représenté et assisté (2), mais aussi entendu au cours de la procédure (3).

1/ L'information de l'enfant

212. L'accès au dossier d'assistance éducative. – L'alinéa troisième de l'article 1187 du Code de procédure civile, issu du décret du 15 mars 2002², organise l'accès direct au dossier d'assistance éducative par l'enfant. Cette solution est justifiée par le fait que le mineur peut saisir directement le juge des enfants en vertu de l'article 375 du Code civil, peu importe qu'il soit ou non discernant³. De ce point de vue, l'enfant est partie à la procédure d'assistance éducative, y compris lorsqu'il est privé de discernement, mais l'exercice de ses droits procéduraux lui est alors refusé⁴. La mise en œuvre de ce droit de consulter le dossier d'assistance éducative est donc soumise à plusieurs conditions.

213. La relativité de l'accès au dossier d'assistance éducative. – La consultation du dossier est réservée aux seuls mineurs capables de discernement. Cette notion transversale du droit des mineurs⁵ se distingue du seuil d'âge, car si ce critère possède le mérite de la simplification, il comporte le défaut de la rigidité⁶. Le recours à la capacité de discernement permet d'offrir à un plus grand nombre de mineurs la possibilité d'exercer des droits même si son appréciation peut susciter des difficultés en raison de la complexité de la notion, éminemment subjective. Le discernement est la possibilité pour le mineur d'exprimer une opinion sur des individus ou des situations extérieures à sa propre personne. Il faut qu'existe une volonté consciente et relative. Cette volition s'apprécie en fonction de l'âge, du développement et des réactions du mineur face aux conséquences de son acte ou de sa décision. Il doit posséder la faculté de comprendre suffisamment et d'évaluer concrètement une situation extérieure. En réalité, le discernement dépend principalement de la maturité. Ce concept est lui-même fonction

¹ Voir sur ce point : DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2011, Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits*, Doc. fr., 2011.

² D. 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.

³ Il est regrettable que le mineur ne soit pas directement informé de l'ouverture de la procédure d'assistance éducative (art. 1182 C. pr. civ.), ce d'autant plus si c'est lui qui est à l'origine de la saisine du juge des enfants. Dans le même sens, il serait cohérent que l'enfant soit informé de l'ouverture de la procédure lorsque c'est le ministère public qui a saisi le magistrat.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1174.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 126.

⁶ En ce sens : CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 105 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 127.

de l'intelligence et du milieu dans lequel l'enfant vit, mais il n'est pas nécessairement déterminé par l'âge de l'enfant¹. La maturité fait appel à « *la situation physique, intellectuelle ou affective* »² du mineur dans son environnement familial³. La capacité de discernement du mineur sera également déterminée par sa capacité à pouvoir jouer un rôle actif dans la détermination de son avenir personnel. C'est au juge des enfants qu'il revient d'apprécier souverainement le discernement du mineur⁴. Il s'agit donc d'une appréciation subjective et *in concreto*, ce qui présente l'avantage d'une « *certaine souplesse et [d']une adaptation louable à chaque situation* »⁵. Elle implique cependant « *une imprévisibilité des décisions judiciaires et une disparité territoriale* »⁶. La détermination de la capacité de discernement de l'enfant est susceptible de poser des difficultés. Cette notion est fondée sur des critères subjectifs et variables selon les enfants⁷. Cela est d'autant plus vrai que le magistrat dispose souvent de peu d'éléments et qu'il aura tendance à se référer à l'âge du mineur⁸. Or, ce critère n'est pas nécessairement en adéquation avec les aptitudes réelles de l'enfant. En définitive, le législateur use d'un standard juridique pour répondre à la multiplicité et à la diversité des situations qui se présentent au juge, tenu de vérifier judiciairement les capacités de discernement de l'enfant.

Si le mineur est reconnu capable de discernement, il aura accès au dossier d'assistance éducative⁹. Néanmoins, il ne pourra pas le consulter seul. Il doit obligatoirement être accompagné selon l'alinéa troisième de l'article 1187 du Code de procédure civile. En effet, il semble cohérent que l'enfant ne soit pas laissé seul face à son dossier et à ce qu'il pourrait y découvrir. Un filtre est indispensable. L'accompagnant peut être le père et/ou la mère de l'enfant ou encore son avocat. Le texte envisage expressément l'hypothèse où les parents refuseraient que le mineur consulte le dossier, étant donné que les intérêts des parents divergent souvent de ceux de l'enfant dans le cadre de la procédure d'assistance éducative. Dans des circonstances particulières, les

¹ L'âge est toutefois un indice du développement physique et mental de l'individu.

² CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 105

³ En ce sens, la Cour de cassation a confirmé la position d'une cour d'appel qui a jugé qu'un mineur de dix ans n'était pas capable de discernement, en raison de l'absence de liberté intellectuelle qui ressort des propos contradictoires du mineur, placé en assistance éducative et au centre d'un conflit d'intérêts entre ses parents (Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, n° 10-16.367 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 30, obs. NEIRINCK (C.)). Pour la Cour de cassation, le discernement suppose une certaine maturité intellectuelle.

⁴ En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}., 12 avril 2012, n° 11-20.357 (procédure devant le juge aux affaires familiales).

⁵ DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013, L'enfant et sa parole en justice*, *Doc. fr.*, 2013, p. 36. Voir déjà : Défenseur des droits, déc. n° MDE 2012-158, 12 novembre 2012, p. 4.

⁶ DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013* précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 36.

⁷ ALT-MAES (F.), « Le discernement et la parole de l'enfant en justice », *JCP G.*, 1996, I, 3913 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 130.

⁸ DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013* précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 36 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 130.

⁹ *A contrario*, le mineur non discernant n'a pas accès au dossier d'assistance éducative alors qu'il a la qualité de partie à la procédure, ce qui est regrettable du point de vue du respect du principe du contradictoire (NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 121).

parents peuvent effectivement s'opposer à l'information de leur enfant¹. Il est donc inopportun de laisser uniquement les parents décider de la consultation du dossier par leur enfant. En outre, le mineur est personnellement partie à la procédure. Dès lors, faire dépendre l'exercice de ses droits de l'autorisation d'une autre partie paraît étrange². C'est la raison pour laquelle « *en cas de refus des parents et si l'intéressé n'a pas d'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* »³. De ce point de vue, une décision qui relève normalement des prérogatives des père et mère, notamment « *celle de donner à l'enfant des informations parfois lourdes de conséquences, peut être prise contre leur gré* »⁴. Un avocat ou un membre du service éducatif en charge du mineur pourra ainsi l'accompagner dans la consultation du dossier⁵, le Code de procédure civile n'organisant pas cet accompagnement par une autre personne physique. La lettre du texte de l'article 1187, alinéa troisième de ce Code empêche donc l'administrateur *ad hoc* d'accompagner l'enfant lors de la consultation du dossier. Cette solution est regrettable. Pour certains, le critère de désignation de l'administrateur *ad hoc* est facilement rempli en matière d'assistance éducative⁶. Cela permettrait à l'enfant d'avoir une représentation autonome malgré l'absence de mention d'une telle possibilité dans l'article 1187 du Code de

¹ Dans ce cas, faut-il rechercher l'accord des deux parents pour organiser la consultation ? Que faire en cas de désaccord des parents ? Le texte est silencieux sur cet aspect (GARÉ (T.), « Réforme de la procédure d'assistance éducative : premières impressions », *RJPF*, 2002-5/32). Compte tenu de l'atteinte qui est portée à l'exercice de l'autorité parentale par la procédure d'assistance éducative, il est possible de penser que l'autorisation donnée au mineur de consulter le dossier est un acte non usuel de l'autorité parentale. Dès lors, en cas de désaccord parental, il revient au juge d'organiser la consultation du dossier par le mineur. Cela est d'autant plus vrai que si l'accès au dossier est réalisé contre l'avis d'un parent, l'enfant pourrait se retrouver au centre d'un conflit de loyauté entre ses père et mère. L'appel au juge des enfants permettrait donc de remédier à cette difficulté.

² HUYETTE (M.), « Le contradictoire et la procédure d'assistance éducative. Quelle réforme du nouveau Code de procédure civile ? », *D.*, 2001, p. 1803.

³ Art. 1187, al. 3 C. pr. civ. Cette disposition traduit une certaine défiance l'égard des parents et contribue à l'idée que ces derniers ne sont plus en mesure de prendre en charge l'enfant.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1293. En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 121.

⁵ Le recours à un travailleur social peut paraître une solution satisfaisante, d'autant plus qu'il a en principe acquis la confiance de l'enfant. Néanmoins, il n'a pas nécessairement le recul suffisant lorsque l'institution à laquelle il appartient a participé à la rédaction du dossier. L'impartialité du service est alors sujette à question. Il convient donc de recourir à un avocat, extérieur et neutre, pour assister l'enfant dans la consultation du dossier. Il sera le plus à même à exercer un regard critique sur le contenu du dossier et à répondre objectivement aux questions juridiques de l'enfant. Ces éléments militent ainsi pour la présence obligatoire de l'avocat au côté de l'enfant (HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 89 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1293). En outre, la représentation obligatoire garantirait un accès total au dossier d'assistance puisque le juge des enfants ne pourrait plus retirer certaines pièces du dossier (art. 1187, al. 4 C. pr. civ.).

⁶ Selon l'article 388-2 du Code civil, l'administrateur *ad hoc* peut être désigné lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre l'enfant et ses parents. Or, le conflit n'est pas le danger (*supra*, § 84). En d'autres termes, l'enfant peut être en danger en l'absence de tout conflit et il peut être en conflit avec ses parents en l'absence de tout danger. Néanmoins, il est permis de penser qu'il existera nécessairement une opposition d'intérêt entre le mineur victime de sa famille et ses parents.

procédure civile¹. Par conséquent, si un administrateur *ad hoc* est désigné pour représenter le mineur², il n'aura pas accès au dossier d'assistance éducative, ce qui est susceptible de créer un conflit avec l'avocat de l'enfant ou le service éducatif. En outre, de quelle manière l'administrateur *ad hoc* pourrait-il accomplir sa mission de représentation de l'enfant s'il n'a pas connaissance du dossier ?

En l'absence d'avocat, le juge des enfants peut décider de retirer des pièces du dossier lorsqu'elles pourraient faire courir un danger physique ou moral grave au mineur ou à un tiers³. La décision du magistrat est ici justifiée par le fait que le mineur ne doit pas avoir connaissance de toutes les difficultés familiales, notamment s'il est jeune et fragilisé par la situation de la famille. Pour autant, la seule présence de l'avocat auprès du mineur, lors de la consultation du dossier, est-elle suffisante pour faire disparaître tout danger pour le mineur ? Cela ne semble pas toujours envisageable. Dès lors, même si l'avocat est en mesure d'expliquer le sens des pièces litigieuses à l'enfant, il aurait été cohérent d'admettre que si une pièce fait courir un danger à l'enfant, elle ne doit pas lui être accessible, peu importe qu'il soit ou non accompagné. La protection de l'enfant victime primerait ainsi le droit à l'accès au dossier⁴. Cette atteinte au droit à l'information du mineur pourrait cependant être évitée en instaurant la représentation obligatoire du mineur en matière d'assistance éducative.

2/ L'incomplétude des modalités d'assistance et de représentation du mineur

214. L'état du droit positif. – Selon l'alinéa premier de l'article 1186 du Code de procédure civile, le mineur capable de discernement peut bénéficier d'un avocat. Le choix d'un avocat peut être fait par le mineur lui-même, mais le juge des enfants peut aussi demander que le bâtonnier lui en désigne un d'office⁵. Cette règle spéciale complète les dispositions générales des articles 388-1, alinéa quatrième et 388-7 du Code de procédure civile selon lesquelles l'enfant a le

¹ MURAT (P.), « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Dr. famille*, 2006, étude n° 31 ; GOUTTENOIRE (A.), « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.*, 2003, p. 368. *Contra*. NEIRINCK (C.), « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G.*, 2000, I, 228.

² La désignation d'un administrateur *ad hoc* dans une procédure où le mineur dispose *a priori* d'une capacité juridique est par ailleurs susceptible de poser certaines difficultés (*infra*. § 214 et 215).

³ Art. 1187, al. 4 C. pr. civ.

⁴ Le juge devrait alors prendre une décision « spécialement » motivée afin de montrer le caractère exceptionnel de l'atteinte aux droits du mineur et l'importance du danger encouru par l'enfant.

⁵ Cette désignation doit intervenir dans les huit jours. En outre, l'alinéa second de l'article 1186 du Code de procédure civile rappelle que ce droit doit être rappelé au mineur lors de sa première audition. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose d'étendre cette obligation d'information à toutes les auditions et d'obliger le juge des enfants à s'assurer que le mineur a bien été informé de son droit (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 48 et s.).

droit d'être entendu, notamment en présence de son avocat¹. Néanmoins, si le mineur n'est pas discernant, il ne peut être ni assisté ni représenté par un avocat alors même qu'il a la qualité de partie à la procédure. Cette solution nie la capacité juridique reconnue au mineur dans la procédure d'assistance éducative. L'absence d'avocat pour le mineur incapable de discernement pourrait dès lors être supplée par la nomination d'un administrateur *ad hoc* pour représenter le mineur, l'avocat ne pouvant ni être désigné ni exercer les droits appartenant au mineur en son nom. L'exercice des droits du mineur, notamment la faculté d'interjeter appel, reviendrait alors à un mandataire *ad hoc*².

La Cour de cassation, au visa des articles 389-3 et 375 du Code civil et 1186 et 1191 du Code de procédure civile, a affirmé que « *selon le premier de ces textes, l'administrateur légal 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* » et « *qu'il résulte des trois derniers textes qu'en matière d'assistance éducative le mineur peut lui-même saisir le juge des enfants pour lui demander d'ordonner des mesures et qu'il peut également lui-même interjeter appel des décisions de ce juge et faire choix d'un avocat* ». Par conséquent, « *il incombe seulement aux juges du fond de vérifier qu'il possède un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives* »³. En d'autres termes, ce n'est que si le mineur n'est pas capable de discernement qu'un administrateur *ad hoc* pourrait être désigné. L'existence d'une opposition d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux n'est donc pas suffisante pour désigner l'administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil. La cour d'appel de Douai a ainsi jugé qu'en matière d'assistance éducative, et du fait de son discernement, le mineur disposait d'une capacité procédurale particulière, qui lui permettait de faire face aux détenteurs de l'autorité parentale. Les dispositions du Code de procédure civile relatives à la procédure d'assistance éducative dérogeraient donc aux dispositions générales de droit commun de l'article 388-2 du Code civil, tandis que l'utilité de la désignation d'un administrateur *ad hoc* n'a pas été démontrée pour les juges du second degré⁴. En effet, si le mineur reçoit de la loi la capacité d'agir en justice, il est inutile de nommer un administrateur *ad hoc* pour le représenter⁵. La désignation de ce mandataire n'aurait dès lors pas de sens⁶. Selon Madame Claire NEIRINCK, l'administrateur *ad hoc* a pour mission, en droit civil, de représenter l'enfant à la place de ses parents dans l'exercice des droits que son incapacité lui

¹ Sur l'audition du mineur *infra*. § 216.

² CA Rouen, 25 octobre 1990, *JCP G.*, II, 21794, note NEIRINCK (C.).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, *Bull. civ.* I, n° 418.

⁴ CA Douai, 20 janvier 2009, *JDJ-RAJS*, avril 2009, n° 284, p. 60, comm. VERDIER (P.). Voir déjà : TGI Basse-Terre, 30 mai 1996, *Petites affiches*, 11 novembre 1996, n° 136, p. 7, note MASSIP (J.).

⁵ RAYMOND (G), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 50.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 195 ; HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 24-25.

interdit de mettre en œuvre lui-même. Or, en matière d'assistance éducative, ce sont les prérogatives des père et mère en tant que titulaires de l'autorité parentale qui sont remises en causes et non leur pouvoir de représentation du mineur. En outre, le mineur n'est jamais traité comme un incapable en assistance éducative. Il a la qualité de partie à la procédure¹. La nomination de l'administrateur *ad hoc* reviendrait donc à substituer un tiers aux parents pour exercer un droit qu'ils n'ont pas. Le mineur dispose d'un droit d'agir propre pour sa protection². Par conséquent, soit le mineur dispose d'un discernement suffisant, ce qui lui permet de participer pleinement à la procédure d'assistance éducative. Ce discernement interdit toute représentation du mineur. Il peut néanmoins se faire accompagner par un adulte et il bénéficie de l'assistance d'un avocat³, mais ces tiers ne peuvent agir à sa place. Soit, l'enfant est trop jeune et n'a pas de capacité de discernement. Il ne jouit alors d'aucun droit, ce qui implique qu'il ne peut y avoir d'adulte pour le représenter et exercer à sa place des prérogatives qu'il n'a pas⁴.

215. L'assistance et la représentation du mineur en droit prospectif. – Cette alternative ne semble pas satisfaisante. Elle revient à priver le mineur non discernant d'un représentant⁵ et de l'assistance d'un avocat. Deux autres voies pourraient dès lors être envisagées selon Monsieur Jean HAUSER⁶. Dans une première situation, l'enfant capable de discernement pourrait être uniquement accompagné d'un avocat qui n'aurait pas le pouvoir d'ester en justice. Dans une seconde hypothèse, le mineur non discernant, voire même discernant, pourrait être représenté de façon autonome par un administrateur *ad hoc* qui aurait la possibilité de donner un conseil à l'enfant et d'ester en justice en son nom. Cette seconde solution n'apparaît cependant pas appropriée pour le mineur discernant. La désignation de l'administrateur *ad hoc* reviendrait à priver l'enfant doué de discernement de son statut procédural particulier par une représentation inutile⁷. C'est pourquoi si le mineur est discernant, il ne peut être assisté que par un avocat qui

¹ NEIRINCK (C.), « Absence de discernement d'un mineur, procédure d'assistance éducative et choix d'un avocat, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2011, n° 10-16.367, F-D : Jurisdata n° 2011-030679 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 30.

² NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 2000, I, 228.

³ L'article 388-1, alinéa deuxième du Code civil précise ainsi que le mineur « peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne ».

⁴ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 25. C'est également le sens d'un arrêt de la Cour de cassation selon lequel l'administrateur *ad hoc* désigné ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente (Cass. ch. mixte, 9 février 2001, *Bull. ch. mixte*, n° 1).

⁵ Le représentant légal du mineur ne peut par ailleurs pas le représenter puisque l'enfant n'est pas soumis à son défaut de capacité d'exercice habituel (GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2010, § 196). En outre, il serait paradoxal que le parent représente son enfant dans une procédure qui met en cause la manière dont il exerce son autorité sur le mineur.

⁶ HAUSER (J.), « Le nouvel article 388-2 du Code civil », *RTD civ.*, 1994, p. 90.

⁷ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 195.

aura pour mission de défendre ses intérêts et de l'accompagner. La nomination d'un administrateur *ad hoc* n'apparaît pas pertinente puisque le mineur est apte à exercer les droits qui lui sont conférés. Au contraire, si le mineur n'est pas discernant, il ne peut pas être assisté par un avocat. Sa désignation est impossible selon l'article 1186 du Code de procédure civile. Il conviendrait alors de nommer un administrateur *ad hoc* pour représenter le mineur¹, cet objectif ne pouvant par ailleurs qu'être approuvé². Ce dernier pourra ainsi choisir un conseil pour l'enfant. Le juge des enfants ne peut en effet pas le désigner d'office³. C'est la solution adoptée par une cour d'appel dont l'arrêt a été soumis au contrôle de la Cour de cassation⁴. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » privilégie cette solution consistant à désigner un administrateur *ad hoc* afin d'assurer la représentation du mineur non discernant⁵. La représentation de ce dernier ne peut effectivement être assurée par ses représentants légaux, car ils sont également parties à la procédure d'assistance éducative. Il existe donc une opposition d'intérêt évidente entre l'enfant et ses parents⁶, celle-ci pouvant être présumée en raison de l'origine familiale du danger. Le groupe de travail limite cependant la désignation de l'administrateur *ad hoc* au renouvellement de la mesure d'assistance éducative ou à la modification des modalités de prise en charge de l'enfant⁷. Au demeurant, il convient d'admettre que l'administrateur *ad hoc* puisse être désigné dès l'origine de la procédure d'assistance éducative, dès lors qu'il est établi que le mineur n'est pas discernant. C'est à cette condition que la représentation du mineur victime de sa famille pourra être pleinement assurée. Cette position a été adoptée par les auteurs du rapport relatif à l'évaluation de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance⁸. Ils estiment nécessaire de systématiser dans la procédure d'assistance éducative la désignation d'un administrateur *ad hoc*, indépendant des parents et du service de l'ASE⁹, par le juge des enfants, afin de garantir la représentation de l'enfant non discernant.

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2003, p. 368. Voir également : RAYMOND (G), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 50 et 94.

² En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2010, § 196.

³ CA Rouen, 25 mai 1993, *Jurisdata* n° 1993-045317.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, n° 10-16.367 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 30, obs. NEIRINCK (C.).

⁵ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 48 et s., spé. p. 49. Le groupe de travail propose également d'étendre cette représentation du mineur non discernant par un administrateur *ad hoc* aux procédures de délégation et de retrait de l'autorité parentale (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 65). *Contra.* pour la représentation du mineur par un administrateur *ad hoc* en assistance éducative : NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, comm. n° 30.

⁶ Art. 388-2 C. civ.

⁷ Art. 1182 C. pr. civ. proposé.

⁸ DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 74, proposition 36.

⁹ Les auteurs du rapport ont relevé que la possibilité de désigner un administrateur *ad hoc* est insuffisamment exploitée par les juges des enfants, en raison de la pénurie d'administrateur *ad hoc*. Ainsi, les Conseils généraux sont désignés par défaut, mais cette solution n'est pas satisfaisante. Elle entraîne une confusion entre la mission de protection de l'enfance qui incombe au Conseil général et la mission particulière de représentation de l'enfant, qui

Une dernière solution consisterait à imposer une représentation obligatoire du mineur par un avocat dans la procédure d'assistance éducative peu importe que le mineur soit ou non discernant¹. La défense des intérêts de l'enfant serait dès lors garantie sans qu'il soit nécessaire de se poser la question du discernement et/ou de la désignation d'un administrateur *ad hoc*. Elle garantirait en outre l'accompagnement du mineur lors de son audition par le magistrat. Cette proposition a été écartée par le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption », car cela pourrait aboutir à un alourdissement excessif de la procédure d'assistance éducative. Pour les auteurs du rapport, il convient de laisser au juge des enfants saisi le soin d'apprécier la nécessité de donner un avocat à l'enfant, sauf en cas de renouvellement de la mesure où la désignation d'un avocat pour l'enfant serait systématique².

3/ L'audition de l'enfant

216. Le mineur entendu. – Le droit de l'enfant à être entendu dans les procédures judiciaires est un droit spécifiquement encadré au Code civil et au Code de procédure civile. Ce droit est principalement affirmé aux articles 388-1 et 388-2 du Code civil et 338-1 et suivants du Code de procédure civile. Il existe cependant des dispositions spéciales en matière d'assistance éducative avec les articles 1182, 1184 et 1189 du Code de procédure civile. Le fait de devoir entendre l'enfant dans le cadre de la procédure d'assistance éducative est un élément du processus décisionnel. Cette particularité procédurale permet de rendre conforme la mesure de protection aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales quant au respect de la vie privée et familiale³. La Cour européenne des Droits de l'Homme a cependant jugé que l'obligation d'entendre l'enfant au cours de la procédure judiciaire ne saurait être systématique. Tout dépend des circonstances particulières de chaque cause, de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné⁴. Le droit à être entendu est donc relatif, ce d'autant plus qu'il dépend de la capacité de discernement du mineur. Il n'en demeure pas moins

incombe à une personne extérieure (DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 74).

¹ FOISSIER (T.), « L'accès au dossier et le rapport Deschamps », *JCP G.*, 2002, I, 101, n° 19 et 20 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 808.

² GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 48 et. s., spé. p. 50.

³ En ce sens : COUTURIER-BOURDINIÈRE (L.), « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits de l'enfant », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, volume I, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 523.

⁴ Cour EDH, 8 juillet 2003, *Sahin c/Allemagne*, req. n° 30943/96, § 73. Elle a également précisé que les juridictions n'étaient pas tenues de solliciter l'avis d'un psychologue (Cour EDH, 8 juillet 2003, *Sommerfeld c/Allemagne*, req. n° 31871/96, § 71).

que l'obligation d'entendre le mineur dans les procédures d'assistance éducative a une portée importante. Le juge des enfants est expressément tenu d'entendre le mineur capable de discernement¹, cette règle étant d'ordre public². Par conséquent, le législateur enjoint systématiquement le magistrat à auditionner l'enfant sans que ce dernier ait besoin de solliciter l'audition, alors que l'alinéa premier de l'article 388-1 du Code civil ne prévoit qu'une simple faculté pour les autres juges du siège³.

Cette obligation d'entendre le mineur est renforcée par l'alinéa premier de l'article 1184 du Code de procédure civile relatif aux mesures provisoires et aux mesures d'information⁴. Dans ce cadre, l'audition du mineur ne peut être que repoussée qu'en cas d'urgence, mais le juge des enfants est cependant tenu d'entendre le mineur capable de discernement dans les quinze jours à compter de la date du prononcé de la mesure⁵. En effet, il peut être difficilement supportable pour le mineur que la mesure s'exécute sans qu'il ait pu donner son avis⁶.

Seul le défaut de discernement du mineur peut faire obstacle à son audition de plein droit par le juge des enfants lors de la phase préparatoire à l'audience⁷, bien qu'il paraisse important d'auditionner l'enfant quel que soit son âge ou l'état de son développement⁸. Le magistrat doit alors mentionner les circonstances rendant l'audition inopportune⁹. Celles-ci peuvent être liées à l'âge, la santé, ou aux facultés intellectuelles de l'enfant ou encore parce que l'audition serait de nature à compromettre sa santé, son état mental ou son équilibre. Par exemple, l'audition pourra être refusée si « *la parole de l'enfant est "inféodée" à celle de sa mère, l'emprise de celle-ci ayant constitué le motif essentiel du placement, faisant ainsi ressortir l'absence de discernement de la mineure* »¹⁰. Durant la phase d'audience, l'audition du mineur est prévue à l'alinéa premier de l'article 1189 du Code de procédure civile, mais elle n'est que facultative¹¹. La Cour de

¹ Art. 1182, al. 2 C. pr. civ. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose d'étendre l'obligation d'audition du mineur discernant aux procédures de délégation et de retrait de l'autorité parentale (GOUTTENoire (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 59 et 65).

² RAYMOND (G), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 53. Dans le même sens : DURAND (E.), précité, *AJ fam.*, 2014, p. 27.

³ L'audition n'est de droit que si le mineur en fait la demande (art. 388-1, al. 2 C. civ.) sachant que le juge peut toujours la refuser si le mineur n'est pas discernant ou si la procédure ne le concerne pas (art. 338-4, al. 1^{er} C. pr. civ.). *Infra*. § 568.

⁴ DOUCHY-OU DOT (M.), « Audition du mineur en justice », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 127-2, 2010, § 12.

⁵ Art. 1184, al. 2 C. pr. civ.

⁶ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 167.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 2006, n° 05-13.627. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 1985, *Bull. civ. I*, n° 71 – Cass. civ. 1^{ère}., 2 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 314.

⁸ DURAND (E.), précité, *AJ fam.*, 2014, p. 27.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 210.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}., 5 mars 2014, n° 13-13.530.

¹¹ Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de compléter cette disposition. Il est ainsi envisagé d'inscrire à l'article 1189 du Code de procédure civile que le mineur peut être entendu « *seul ou assisté de*

cassation relève ainsi que la présence et l'audition des mineurs à l'audience ne sont pas impératives, ce d'autant plus s'ils ont été entendus au cours de la procédure par le juge des enfants¹. Le magistrat peut donc dispenser le mineur de se présenter ou ordonner qu'il se retire pendant tout ou partie de la suite des débats². Au demeurant, si le mineur sollicite son audition, il ne sera pas possible de la refuser et cela même s'il a déjà été entendu. La règle prévue par l'article 388-1, alinéa deuxième du Code civil s'applique également aux auditions devant le juge des enfants. Elle ne concerne pas uniquement les auditions devant le juge aux affaires familiales³. En d'autres termes, les règles spéciales applicables en matière d'assistance éducative complètent les règles de droit commun des articles 388-1 du Code civil et 338-4 du Code de procédure civile. Cette audition du mineur permet de garantir l'effectivité de la mesure d'assistance judiciaire de la famille, en particulier si cette dernière est mise en œuvre dans la défiance⁴. Elle assure la compréhension par l'enfant de l'intervention du juge des enfants dans la famille. C'est notamment pour cette raison que ce magistrat doit rechercher l'adhésion de la famille à la mesure envisagée.

B/ La recherche de l'adhésion de la famille

217. L'office particulier du juge des enfants. – La participation des père et mère « *au processus décisionnel en vue de l'adoption d'une mesure concernant les enfants revêt une importance primordiale* »⁵. Chaque parent doit avoir l'occasion d'exposer son point de vue et de défendre ses intérêts au cours de la procédure et cela, de manière adéquate⁶. C'est à cette condition qu'ils accepteront l'intervention judiciaire dans la famille. En effet, les familles n'attendent pas du juge des enfants « *des constructions sophistiquées de droit substantiel, mais un débat* »⁷, c'est-à-dire un dialogue contradictoire. L'article 375-1, alinéa second du Code civil dispose ainsi que « *le juge des enfants doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la*

son avocat » (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 48 et. s., spé. p. 50).

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, *Bull. civ.* I, n° 528. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, n° 05-13.627.

² Art. 1189, al. 1^{er} C. pr. civ.

³ PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 70.

⁴ Sur la question de l'efficacité de l'audition : RENUCCI (J.-F.), « L'efficacité de l'audition des parents et du mineur dans la procédure d'assistance éducative », *D.*, 1987, chron., p. 19.

⁵ COUTURIER-BOURDINIÈRE (L.), précité, *in op. cit.*, *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, volume I, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 523.

⁶ Cour EDH, 11 octobre 2001, *Hoffmann c/ Allemagne*, req. n° 34054/96, § 36 – Cour EDH, 20 décembre 2001, *Buchberger c/ Autriche*, req. n° 32899/96, § 43 – Cour EDH, 5 décembre 2002, *Hoppe c/ Allemagne*, req. n° 28422/95, § 53 – Cour EDH, 14 janvier 2003, *K. A. c/ Finlande*, req. n° 27751/95, § 95, 104 et 117.

⁷ FOISSIER (T.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 60.

famille à la mesure envisagée ». Cela signifie que le magistrat doit s'employer à associer les parents et l'enfant¹ aux mesures de protection, afin de favoriser une évolution positive de la situation familiale et de l'enfant. L'idée consiste donc à rechercher l'adhésion de la famille pour créer les conditions d'une restauration de l'autorité parentale. La procédure d'assistance éducative « s'inscrit dans le cadre d'une justice négociée. Elle n'est pas conçue pour cristalliser les conflits et désigner les coupables : le juge des enfants n'est pas seulement un juge qui tranche, mais avant tout un juge qui accompagne des familles dans un évolution en fixant les repères de loi »². Le juge des enfants peut alors être qualifié de « juge de la persuasion »³. Cette démarche suppose de sa part « un effort de dialogue et de concertation »⁴. Au demeurant, la recherche de l'adhésion de la famille ne signifie pas que les parents doivent consentir à la mesure de protection. Le juge des enfants peut *in fine* imposer une mesure d'assistance éducative à la famille au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il existe une dissymétrie des places dans le cadre de l'assistance judiciaire de la famille⁵. Il n'existe pas de co-construction de la décision judiciaire. Celle-ci s'impose à la famille. Dans ce cadre, les parents, et dans une moindre mesure l'enfant, sont tenus d'accepter sans discussion possible la décision que le juge des enfants aura unilatéralement établie⁶.

En réalité, le respect de ce principe doit permettre une meilleure articulation de la décision de justice avec l'intervention éducative auprès de la cellule familiale par la création d'une relation de confiance entre le magistrat et la famille. La recherche de l'adhésion de la famille permet d'envisager une coopération de la part de ses membres, ce qui rend la mesure plus efficiente en raison de leur participation à la procédure⁷. Dans le même sens, elle permet de faire comprendre aux parents que la mesure d'assistance éducative ne doit pas être perçue comme une sanction à l'égard de leur comportement, mais plutôt comme mesure d'aide destinée à l'ensemble des membres de la famille⁸. Dès lors, le juge des enfants devra informer la famille, et en particulier les parents, à tous les stades de la procédure. Autrement dit, le magistrat doit assurer le respect du principe du contradictoire⁹, car « la fonction du contradictoire n'est pas seulement de protéger les personnes dont les intérêts peuvent être affectés par un procès ; le contradictoire sert le procès

¹ Cette association de l'enfant à la procédure n'est possible qu'en raison de la capacité juridique qui lui est conférée ainsi que de son droit à être entendu et à être informé (*supra*. § 211 et s.).

² GEBLER (L.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 390.

³ BAUDOUIN (J.-M.), *Le juge des enfants : punir ou protéger ?*, Paris : ESF, 1990, p. 103.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 809.

⁵ ONED, *Neuvième rapport annuel* précité, Oned Editeur, Mai 2014, p. 18.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o adhésion (contrat d').

⁷ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 809 ; BELLON (L.), *L'atelier du juge : à propos de la justice des mineurs*, 2^{ème} éd., Ramonville Saint-Agne : Erès, 2011, p. 103.

⁸ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 809.

⁹ Ce principe directeur du procès est défini aux articles 14, 15 et 16 du Code de procédure civile.

lui-même dans la mesure où il est l'instrument de l'élaboration du jugement »¹. De ce point de vue, la participation effective des parents au processus décisionnel garantit le respect de leurs droits ainsi que la protection du mineur victime de sa famille par une mesure adaptée à sa situation et à ses besoins. La recherche de l'adhésion de la famille et le respect de la contradiction est ainsi le gage de l'efficacité de l'assistance judiciaire de la famille.

218. L'ouverture de la procédure d'assistance éducative et la première audition des parents. – L'alinéa premier de l'article 1182 du Code de procédure civile oblige le juge des enfants à informer, outre le procureur de la République, les parents de l'ouverture d'une procédure d'assistance éducative, et ce d'autant plus s'ils ne sont pas eux-mêmes à l'origine de la procédure². A cette occasion, les parents doivent « *recevoir une information complète et effective sur les motifs et les objectifs de la procédure d'assistance éducative* »³. Cette première information des parents devra également mentionner les droits des parties de faire le choix d'un conseil ou de demander qu'il leur en soit désigné un d'office par le bâtonnier conformément aux dispositions de l'article 1186, alinéa premier du Code de procédure civile⁴. Le juge des enfants devra enfin informer les père et mère de la possibilité de consulter le dossier d'assistance éducative conformément aux dispositions de l'article 1187 du même Code⁵. Ces éléments contribuent à la transparence de l'intervention judiciaire et devraient faciliter la recherche de l'adhésion de la famille. Les parents pourront ainsi préparer la rencontre avec le magistrat, solliciter un avocat et prendre connaissance du dossier⁶.

Avant toute démarche, le juge des enfants devra auditionner la famille et l'informer des motifs de sa saisine⁷. Cette obligation incombant au magistrat s'applique également quand il décide de recourir à des mesures d'investigation. En effet, les mesures provisoires prévues au premier alinéa de l'article 375-5 du Code civil, ainsi que les mesures d'information prévues à l'article 1183 du Code de procédure civile, ne peuvent être prises, hors le cas d'urgence

¹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 517.

² Cette disposition précise que l'information de l'ouverture de la procédure peut également être donnée au tuteur, à la personne ou au représentant du service à qui l'enfant a été confié. Une disposition similaire est prévue pour la MJAGBF (art. 1200-4, al. 1^{er} C. pr. civ.).

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 807.

⁴ C'est l'article 1200-5, alinéa premier du Code civil qui s'applique pour la MJAGBF. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose également que le droit des parents à être assisté d'un avocat soit rappelé à toutes les auditions (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 48 et s., spé. p. 50).

⁵ Ce droit à l'information des parents et les mentions obligatoires sont précisés à l'alinéa quatrième de l'article 1182 du Code de procédure civile. Pour la MJAGBF, c'est l'article 1200-4, alinéa deuxième du Code de procédure civile qui s'applique.

⁶ HUYETTE (M.), « La nouvelle procédure d'assistance éducative. Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 », *D.*, 2002, p. 1433.

⁷ Art. 1182, al. 2 C. civ.

spécialement motivé¹, que s'il a été procédé à l'audition des parents, prescrite par l'article 1182 du Code de procédure civile². Le respect du principe de la contradiction impose cependant l'audition des parents, car si dans cette situation le placement de l'enfant traduit une défiance, il est en réalité possible de faire confiance aux parents. Dès lors, lorsque la mesure d'accueil a été ordonnée en urgence par le juge sans audition des parties, il doit les convoquer à une date qui ne peut être fixée au-delà d'un délai de quinze jours à compter de la décision. A défaut, le mineur est remis, sur leur demande, à ses père et mère³. Une solution identique s'applique lorsque le juge des enfants est saisi par le procureur de la République après que ce dernier ait ordonné en urgence une mesure d'accueil du mineur⁴.

Cette première rencontre entre le juge des enfants et les parents permet de créer les conditions d'un dialogue entre le magistrat et les père et mère de l'enfant. Le juge des enfants devra par ailleurs rappeler aux parents leur droit d'être assisté d'un avocat⁵. Il est toutefois regrettable que la représentation ne soit pas obligatoire dans ce domaine sensible aux droits et libertés fondamentales⁶. Il est vrai que la procédure d'assistance éducative porte suffisamment atteinte à la vie privée et familiale pour que le justiciable soit impérativement défendu par un professionnel. La volonté de conserver à la procédure d'assistance éducative son caractère de « justice négociée » avec la famille a motivé le fait de ne pas imposer la présence de l'avocat au côté de la famille. Cette solution n'est cependant pas satisfaisante en raison des modalités de communication du dossier d'assistance éducative⁷.

219. La consultation du dossier d'assistance éducative par les parents. – La procédure d'assistance éducative est longtemps « *restée une procédure à la marge du droit, qui échappait tant aux grands principes de la procédure civile qu'aux principes fondamentaux et particulièrement au droit à la vie familiale* »⁸. L'ancien article 1187 du Code de procédure ne

¹ La Cour de Strasbourg reconnaît qu'en cas d'urgence, il n'est pas toujours possible d'associer pleinement les parents au processus décisionnel, notamment si un placement provisoire a été décidé (Cour EDH, gr. ch., 12 juillet 2001, *K. et T. c/ Finlande*, req. n° 25702/94, § 166 – Cour EDH, 17 décembre 2002, *Venema c/ Pays-Bas*, req. n° 35731/97, § 93 – Cour EDH, *K. A. c/ Finlande* précité, § 95 – Cour EDH, *Haase c/ Allemagne* précité, § 95).

² Art. 1184, al. 1^{er} C. pr. civ.

³ Art. 1184, al. 2 C. pr. civ.

⁴ Le magistrat doit convoquer et statuer dans un délai qui ne peut excéder quinze jours à compter de sa saisine, faute de quoi le mineur est remis, sur leur demande, à ses père, mère ou tuteur, ou à la personne ou au service à qui il était confié (art. 1184, al. 3 C. pr. civ.).

⁵ Art. 1186, al. 2nd C. pr. civ. (assistance éducative) ; art. 1200-5, al. 2nd C. pr. civ. (MJAGBF).

⁶ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 808 ; FOSSIER (T.), précité, *JCP G.*, 2002, I, 101, n° 19 et 20.

⁷ MONEGER (F.), « Du rapport Deschamps au décret du 15 mars 2002 », *AJ fam.*, 2002, p. 202.

⁸ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), précité, *in* SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 287. Egalement en ce sens : AMBRY (S.), « La fin des secrets ou l'espoir d'une procédure contradictoire », *AJ fam.*, 2002, p. 212.

permettait pas aux parents de consulter le dossier. Seul l'avocat y avait accès, mais sa présence au cours de la procédure n'étant pas obligatoire¹. Les parents n'avaient donc pas nécessairement connaissance du dossier. Pour autant, l'absence d'avocat ne signifie pas que les parties renoncent au bénéfice des garanties d'une procédure contradictoire², ce d'autant plus qu'elles recherchent devant le magistrat un débat. Or, c'est justement l'office du juge des enfants de créer les conditions d'un débat contradictoire afin d'emporter l'adhésion des parties à la mesure de protection³. En ce sens, peu importe que la partie n'est pas « *été effectivement entendue dans ses demandes ou ses défenses, l'essentiel est qu'elle ait été en mesure de le faire* »⁴. C'est la position retenue par la Cour européenne des Droits de l'Homme selon laquelle les autorités nationales doivent mettre à la disposition de la famille tous les éléments invoqués pour justifier la restriction des prérogatives parentales par la mesure de protection⁵. Les parents ont donc un intérêt à être informés de la nature et de la portée des éléments qui existent contre eux⁶. La Cour de cassation a cependant jugé que les dispositions des anciens articles 1187 et 1193 du Code de procédure civile n'étaient pas incompatibles avec celles de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales⁷.

Le décret du 15 mars 2002⁸ a profondément réformé les conditions dans lesquelles le dossier d'assistance éducative pouvait être communiqué à la famille, en particulier aux parents. L'avocat des père et mère peut toujours le consulter, jusqu'à la veille de l'audition ou de l'audience, au greffe du tribunal et s'en faire délivrer une copie⁹. L'article 1187 du Code de

¹ Madame Adeline GOUTTENOIRE a ainsi estimé que « *l'absence d'avocat dans une procédure dans laquelle la représentation n'est pas obligatoire a largement contribué à maintenir cette situation* » (GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), précité, in SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 287).

² En ce sens : Cour EDH, 8 février 2000, *Voisine c/ France*, req. n° 27362/95, § 32.

³ Il convient ainsi de noter que « *le droit à une procédure contradictoire au sens de l'article 6 § 1, tel qu'interprété par la jurisprudence, "implique en principe le droit pour les parties à un procès de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision"* » (Cour EDH, *Voisine c/ France* précité, § 30). En outre, les magistrats européens ont fait du principe du contradictoire un élément central du droit au procès équitable, en particulier dans le domaine de la protection de l'enfance (Cour EDH, *Mc Michael c/ Royaume-Uni* précité, § 84).

⁴ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexus, 2013, § 517.

⁵ Cour EDH, *Mc Michael c/ Royaume-Uni* précité, § 80, 82 et 92 – Cour EDH, gr. ch., 10 mai 2001, *T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni*, req. 28945/95, § 82. La Cour de Strasbourg a également précisé qu'il « *ne devrait pas incomber au seul parent d'obtenir ou de solliciter la communication des preuves fondant la décision de prendre en charge son enfant. L'obligation positive qui pèse sur les Etats contractants de protéger les intérêts de la famille exige que ces éléments soient mis à la disposition du parent concerné, même s'il n'en fait pas la demande* » (Cour EDH, gr. ch., *T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni* précité, § 82).

⁶ Cour EDH, gr. ch., *T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni* précité, § 80.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, *Bull. civ. I*, n° 193. Voir également : CA Montpellier, 12 février 1999, *D.*, 1999, p. 29, obs. HUYETTE (M.) ; *Contra.* : CA Lyon, 26 juin 2000, *D.*, 2000, p. 661, obs. HUYETTE (M.) – CA Bordeaux, 6 novembre 2001, *Jurisdata* n° 2001-167606.

⁸ D. n° 2002-361 précité.

⁹ Art. 1187, al. 1^{er} C. civ. Selon cette disposition, l'utilisation du dossier est réservé à l'usage exclusif de la procédure d'assistance éducative. Le contenu de ce dossier ne peut donc pas être invoqué devant d'autres juridictions, notamment le juge aux affaires familiales.

procédure civile interdit cependant à l'avocat de transmettre cette copie ou la reproduction des pièces du dossier aux parents¹, ce qui n'empêchent pas ces derniers d'avoir accès aux éléments du dossier. En effet, le deuxième alinéa de l'article 1187 du même Code organise au profit des parents un « *droit d'accès permanent au dossier* »², bien que celui-ci soit en réalité limité³. Le dossier peut ainsi être consulté par les parents⁴, sur leur demande et aux jours et heures fixés par le juge, jusqu'à la veille de l'audition ou de l'audience⁵. La Haute juridiction considère que cette limitation ne constitue pas une atteinte au principe du contradictoire, au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, car la loi a aménagé l'accès au dossier pour les parents afin d'assurer la nécessaire protection de l'enfant⁶. Autrement dit, la possibilité pour les parents de se rendre au greffe de la juridiction pour mineurs afin de consulter le dossier et le fait que l'avocat puisse en obtenir la copie semblent constituer des garanties suffisantes pour la Cour de cassation⁷.

Cette consultation du dossier au greffe par les parents paraît toutefois vaine pour garantir le respect du contradictoire. *A fortiori*, elle ne devrait également pas faciliter la recherche de leur adhésion à la mesure envisagée. Le seul et unique moyen de parvenir réellement à ces objectifs serait de donner aux père et mère une copie du dossier. D'une part, cette consultation limitée au greffe, si elle garantit la connaissance des pièces du dossier, ne permet probablement pas aux parents de mémoriser les documents ni de préparer sérieusement une argumentation ou des réponses aux interrogations du juge des enfants⁸. D'autre part, ces restrictions empêchent les

¹ Cette prohibition est surprenante, mais elle peut s'expliquer par le fait que le législateur n'a pas voulu créer une inégalité trop grande entre les parties selon qu'elles sont ou non assistées d'un avocat.

² HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 87.

³ Les mêmes règles gouvernent la procédure relative à la MJAGBF (art. 1200-6 C. pr. civ.).

⁴ Selon la lettre de l'article 1187, alinéa deuxième du Code de procédure civile les grands-parents n'ont pas accès au dossier d'assistance éducative, ce d'autant plus qu'ils n'ont pas accès au dossier de tutelle dont les règles de consultation sont régies par l'article 1187 sur renvoi de l'article 1222-2 du Code de procédure civile (Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 232). Ils ne sont en outre pas des parties à la procédure d'assistance éducative, étant donné qu'ils n'ont pas qualité pour agir au sens de l'article 375 du Code civil. Néanmoins, doivent être considérées comme des parties à la procédure toutes les personnes qui ont entrepris une démarche volontaire afin de participer à la procédure (HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 487). Ce sera notamment le cas pour les personnes qui demandent à ce que l'enfant leur soit confié (art. 375-3, 2° C. civ.). Sans avoir la saisine directe du juge des enfants, les membres de la famille peuvent donc intervenir volontairement dans la procédure, ce qui leur donnerait la qualité de partie à l'instance. C'est la raison pour laquelle les grands-parents devraient avoir accès au dossier lorsqu'ils demandent que le mineur leur soit confié.

⁵ Le juge des enfants n'a pas à vérifier ni à constater que les parents ont bien consulté le dossier. La Cour de cassation estime « *qu'aucune disposition légale n'impose au juge de mentionner dans sa décision que les parties ont pris connaissance des pièces du dossier* ». Il appartient donc aux requérants, assistés de leur avocat, de consulter au greffe le document litigieux avant l'audition ou l'audience (Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 452).

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 528.

⁷ Ces conditions d'accès au dossier d'assistance éducative rendraient l'atteinte au principe de la contradiction proportionnée au but légitime poursuivi par l'ingérence dans la cellule familiale, puisqu'elles permettent d'assurer la protection du mineur victime de sa famille (en ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 813).

⁸ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 94-95.

parents de participer effectivement au processus décisionnel, ce qui peut nuire à l'efficacité de la procédure destinée à protéger l'enfant et ne permettra pas de rechercher leur adhésion à la mesure envisagée. Il semblerait donc que le débat contradictoire soit, dans les faits, restreint au minimum lorsque la famille n'est pas assistée d'un conseil. C'est également le cas lorsque certaines pièces sont retirées du dossier. Cela démontre à nouveau la relativité de l'accès au dossier.

220. La consultation limitée du dossier d'assistance éducative par les parents en l'absence d'avocat. – La protection de l'enfant victime de sa famille autorise le juge des enfants à retirer, par une décision motivée et en l'absence d'avocat, certaines pièces du dossier d'assistance éducative¹. L'idée consiste à protéger le mineur contre une réaction parentale, susceptible de lui nuire lorsque la famille n'est pas assistée d'un avocat². En d'autres termes, la consultation du dossier par les père et mère seuls doit faire courir un danger physique ou moral grave au mineur³, qui se superposerait au danger initial, pour que le juge des enfants décide de retirer certaines pièces du dossier⁴. Par exemple, la Cour de cassation a considéré qu'une cour d'appel avait légalement justifié sa décision, au regard de l'article 1187, alinéa quatrième du Code de procédure civile, en confirmant une décision du juge des enfants d'exclure de la consultation certaines pièces d'un dossier. Dans cette espèce, la juridiction du second degré a estimé que, compte tenu du climat très conflictuel et virulent et des nombreuses procédures opposant les parents du mineur, la consultation de certains documents risquait d'exposer l'enfant à un danger physique ou moral grave de la part de son père⁵. Le juge des enfants doit donc « *retenir l'existence d'un grave danger rendant absolument impossible l'accès à une information* »⁶. C'est à cette condition qu'il pourra écarter certaines pièces du dossier lors de la consultation de celui-ci par les parents non accompagnés d'un avocat.

De lege ferenda, cette atteinte consécutive au principe du contradictoire, qui de surcroît restreint la possibilité de rechercher l'adhésion des parents, aurait pu être évitée si le législateur

¹ Art. 1187, al. 4 C. pr. civ. (assistance éducative) ; art. 1200-5, al. 3 C. pr. civ. (MJAGBF).

² Il peut par exemple s'agir d'un document contenant l'adresse du lieu de placement du mineur si ses parents ont déclaré vouloir le reprendre par la force. Ce peut également être la nouvelle adresse de la mère, victime de violences conjugales et qui a quitté le domicile familial, lorsque l'enfant fait l'objet d'une AEMO (en ce sens : HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 90 ; voir également : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 813).

³ Cette faculté, offerte au magistrat, se fonde sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La juridiction européenne admet que la révélation des déclarations de l'enfant peut potentiellement le mettre en danger. C'est la raison pour laquelle un parent n'a pas forcément un droit absolu à l'accès et à la consultation de toutes les pièces du dossier (Cour EDH, gr. ch., *T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni* précité, § 80).

⁴ Le retrait de certaines pièces du dossier est également possible lorsque le danger moral ou physique grave concerne une partie ou un tiers.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 312.

⁶ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 92.

avait instauré la représentation obligatoire en matière d'assistance éducative¹. Cela est d'autant plus vrai que la lecture *a contrario* de l'alinéa quatrième de l'article 1187 du Code de procédure civile autorise les père et mère à accéder aux pièces retirées du dossier s'ils sont accompagnés d'un avocat. *De lege lata*, cela signifie que la seule présence d'un conseil auprès des parents, lors de la consultation des documents, permet de faire disparaître tout danger pour le mineur victime de sa famille². Pour autant, la présence de l'avocat est-elle suffisante pour protéger l'enfant contre ses parents, alors qu'ils accèdent à des informations susceptibles *a priori* de le mettre en danger s'ils n'avaient pas fait le choix d'un conseil ? Cela ne semble pas toujours envisageable. C'est pourquoi, bien que l'avocat puisse expliquer le sens des pièces litigieuses aux parents, il aurait fallu admettre, dans un souci de cohérence, qu'à partir du moment où une pièce du dossier fait courir un danger au mineur, elle ne doit pas être accessible aux père et mère. Le juge devrait alors prendre une décision « spécialement » motivée afin de montrer le caractère exceptionnel de l'atteinte aux droits des parents et l'importance du danger encouru par l'enfant dans sa famille.

221. L'audience devant le juge des enfants. – L'audience est un moment clé de la procédure d'assistance éducative. Elle déterminera les modalités de l'assistance judiciaire de la famille, mais également la crédibilité et l'efficacité de l'action des différents intervenants. La manière dont se déroulera l'audience permet encore pour le juge des enfants de rechercher l'adhésion de la famille à la mesure envisagée. Il est donc nécessaire d'écarter toute méfiance de la part des membres de la cellule familiale et en particulier des parents³. A cet égard, ils doivent être convoqués à l'audience huit jours au moins avant la date de celle-ci⁴. Le magistrat devra dès lors entendre les parents⁵, afin que ces derniers puissent exposer leur point de vue contradictoirement. Il est ainsi nécessaire que le juge des enfants exprime clairement et précisément les éléments d'inquiétude qui démontrent l'existence du danger⁶. En ce sens, la cour d'appel de Versailles a considéré que nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée, y compris en matière d'assistance éducative. Elle ajoute que les parents sont nécessairement des parties dans ce cadre procédural qui comprend également les instances en renouvellement ou en modification de la mesure. Cela signifie que le juge des enfants aurait dû faire convoquer les parents pour les entendre contradictoirement, ce d'autant plus qu'il a la

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 813.

² En ce sens : HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 91-92.

³ HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 78.

⁴ Art. 1188, al. 2nd C. pr. civ. C'est également le cas pour le mineur. Les conseils des parties doivent être avisés de la date de l'audience selon ce texte.

⁵ Art. 1189, al. 1^{er} C. pr. civ. Les conseils sont aussi entendus dans leurs observations selon l'alinéa deuxième de l'article 1189 du Code de procédure civile.

⁶ En ce sens : HUYETTE (M.), DESLOGES (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009, p. 77.

charge d'obtenir l'adhésion de la famille au renouvellement de la mesure envisagée¹. Mais encore faut-il que les parents aient pris connaissance du dossier, le juge des enfants n'étant pas tenu de s'assurer que les père et mère l'aient consulté². De même, la présence de l'avocat à l'audience est suffisante puisque la comparution personnelle des parties est facultative³. Dans ce cas, de quelle manière le juge des enfants peut-il rechercher l'adhésion des parents ?

Conclusion du chapitre 1

222. Un rééquilibrage du dispositif d'assistance de la famille. – La protection des enfants victimes par l'assistance de la famille est issue d'une longue tradition. Ce système repose sur un mécanisme à double entrée, autrement dit une *summa divisio*. En effet, si les père et mère, investis de l'autorité parentale, sont les premiers protecteurs de l'enfant, il est possible que ces derniers n'exercent pas leurs prérogatives dans l'intérêt de leur progéniture. Ce mauvais usage de leur autorité peut ainsi être corrigé grâce à l'assistance qui sera portée à la famille. Cette intervention respectueuse des droits et pouvoirs parentaux tend à favoriser une restauration de l'autorité parentale, peu importe que l'action auprès de la famille soit menée dans le cadre de l'assistance socio-administrative ou de l'assistance judiciaire. En réalité, la seule et véritable différence entre ces deux modes d'interventions est le fait que l'assistance judiciaire de la famille s'exerce dans un cadre contraignant. Le système a donc été rééquilibré dans le sens d'une meilleure complémentarité des actions socio-administrative et judiciaire. Le caractère symbolique de l'intervention judiciaire n'a toutefois pas été impacté par la loi du 5 mars 2007⁴, car si le recours au juge des enfants devrait être moins systématique, le contrôle de l'exercice des prérogatives parentales n'en demeure pas moins effectif. En ce sens, seul le juge des enfants peut aménager le cadre juridique de l'autorité parentale alors même qu'il intervient en dernier recours

¹ CA Versailles, 7 mars 2002, *AJ fam.*, 2002, p. 221 (la juridiction du second degré a censuré le jugement déferé car il ne ressort ni de la décision, ni des explications des parties, ni d'aucun procès-verbal établi à l'audience à l'issue de laquelle le jugement a été rendu, que les parents aient été convoqués pour être entendus. Ces obligations s'appliquent également pour l'enfant).

² Cass. civ. 1^{ère}., 30 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 452.

³ En matière d'assistance éducative, si « *la représentation n'est pas nécessaire, [elle] est suffisante* » (CHENEDE (F.), « La présence de l'avocat des parents suffit à valider la procédure d'appel en matière d'assistance éducative, obs. sur Cass. civ. 1^{ère}., 30 septembre 2009, n° 08-16.147 », *AJ fam.*, 2009, p. 451). Autrement dit, la présence de l'avocat à l'audience suffit à satisfaire l'accès au juge et le droit à un procès équitable sans que la présence physique des parents soit impérative (Cass. civ. 1^{ère}., 26 septembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 303 – Cass. civ. 1^{ère}., 30 septembre 2009, *Bull. civ. I*, n° 194). L'absence des parents préjudicie donc à la protection du mineur victime car les parents ne peuvent pas faire valoir leur point de vue personnellement, sauf par l'intermédiaire de leur conseil, dans une procédure où les rapports directs entre le justiciable et le juge des enfants sont fondamentaux. Cela est d'autant plus vrai qu'à défaut de comparution personnelle et de représentation, une juridiction d'appel ne peut que confirmer la décision contestée (Cass. civ. 1^{ère}., 30 mars 2004, n° 03-05.001 ; en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}., 4 octobre 2001, n° 00-05.106).

⁴ L. n° 2007-293 précitée.

et en deuxième intention¹. Par conséquent, la protection des enfants appartenant aux catégories classiques des mineurs victimes de leurs familles se structure prioritairement comme un ensemble visant à rétablir les fonctionnements familiaux déficients ou à offrir à l'enfant, par substitution et provisoirement, un milieu de vie plus satisfaisant.

¹ LAFORE (R.), précité., in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et *al.*, *op. cit.*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 93.

CHAPITRE 2. LA SUPPLEANCE DE LA FAMILLE

223. L'inefficacité de l'assistance de la famille. – Il arrive que des père et mère éprouvent des difficultés à exercer leur fonction parentale ou n'exercent pas leurs prérogatives dans l'intérêt supérieur du mineur. Dans ces situations, l'assistance socio-administrative ou judiciaire de la famille peut s'avérer insuffisante. Il se peut même que son inefficacité soit démontrée avant toute intervention dans la famille. En d'autres termes, la défaillance parentale justifie la suppléance de la famille par la société¹. Cette solution absolue n'est cependant pas automatique car un seul des deux parents peut être défaillant. L'autorité parentale sera alors dévolue à celui qui est en mesure de l'exercer unilatéralement. Ainsi, le parent qui fait défaut sera remplacé par l'autre. Cette suppléance de la famille par la société n'est donc que relative, mais encore faut-il que la défaillance parentale impose de remplacer les parents ou l'un d'entre eux. Cette diversité des situations² suppose de s'interroger sur la nature de l'atteinte qui sera portée à l'autorité parentale.

224. Suppléance de la famille et nature de l'atteinte à l'autorité parentale. – A la différence des mesures d'assistance de la famille, le dispositif de suppléance tend à distendre ou à rompre les relations entre l'enfant et ses parents en raison de son « *effet destructeur sur le lien de famille* ». Il permet de constater la faillite des parents dans leurs missions de protection et d'éducation du mineur³. La suppléance des parents ou de l'un d'entre eux implique nécessairement une atteinte à l'autorité parentale⁴. Les parents, compte tenu de la mesure de suppléance, n'auront effectivement plus la possibilité d'exercer pleinement leurs prérogatives. Les droits parentaux seront limités dans l'intérêt de l'enfant, ce qui justifie que seul un juge, gardien des libertés individuelles, puisse décider d'une telle atteinte aux prérogatives des père et mère. L'intervention dans la famille peut dès lors conduire à transférer à un tiers l'exercice de tout ou partie de l'autorité. Il ne s'agit toutefois que de l'exercice de l'autorité parentale puisque les père et mère en restent titulaires⁵. Ces derniers n'ont pas perdu les attributs de cette autorité ou

¹ Non seulement la société supplée les parents en raison de leur absence ou de leur incapacité à prendre en charge leur progéniture, mais elle organise un éloignement du mineur. Ce dernier peut effectivement être retiré de sa famille.

² En ce sens : BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSCOT (M.-C.), et *al.*, *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 425.

³ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 550.

⁴ Lorsque la filiation est juridiquement établie, les parents sont titulaires de l'autorité parentale (art. 372, al. 1^{er} C. civ. ; pour l'adoption : art. 356 et 358 C. civ. (plénière) et art. 365, al. 1^{er} C. civ. (simple)). Le droit d'autorité parentale appartient aux parents. En application de l'article 376 du Code civil, il est indisponible. Cela signifie que les père et mère ne peuvent ni céder ni renoncer à leur droit. Seule une mesure judiciaire permet d'y porter atteinte, car elle est réalisée sous le contrôle du juge.

⁵ En ce sens, l'exercice de l'autorité parentale est limité c'est-à-dire qu'il est partiellement confisqué.

n'en ont perdu que certains d'entre eux. Seul l'exercice de l'autorité parentale leur est retiré, les père et mère demeurant titulaires de leurs prérogatives¹ (Section 1). Le ou les parents, qui sont éloignés, ne sont absolument pas déchus de leur droit d'autorité parentale². Cela signifie que le « *parent privé de l'exercice de l'autorité parentale en reste attributaire* »³, mais il ne peut plus exercer ses prérogatives. A l'inverse, la suppléance de la famille peut entraîner la perte de l'autorité en elle-même. C'est alors le droit des père et mère qui est confisqué⁴. Ce faisant, le droit d'autorité parentale est atteint dans sa substance même, puisque les parents se voient non seulement retirer l'exercice de leur autorité, mais également la titularité de celle-ci. En ce sens, les père et mère « *peuvent faire l'objet de sanctions civiles qui portent atteinte à leur droit d'autorité* »⁵, celles-ci étant parfois le prélude à une rupture du lien de filiation existant. La protection des mineurs appartenant aux catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles justifie une telle atteinte aux droits des parents, en raison de la gravité des fautes qu'ils ont pu commettre dans l'exercice de leur fonction, ces fautes pouvant par ailleurs revêtir une qualification pénale. L'exercice de l'autorité parentale est alors sanctionné, ce d'autant plus qu'il est possible que les liens familiaux soient rompus (Section 2).

Section 1. L'exercice confisqué de l'autorité parentale

225. La relativisation des droits parentaux : l'enfant soustrait à sa famille. – Le maintien de l'exercice de l'autorité parentale, en particulier avec la procédure d'assistance éducative, n'est pas toujours suffisant pour protéger les enfants appartenant à l'une des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles. C'est la raison pour laquelle la loi relativise parfois les droits parentaux en organisant des cas où les parents vont conserver la jouissance de l'autorité parentale, tout en ne pouvant plus l'exercer. La protection de l'enfant justifie effectivement que ce dernier soit « *soustrait à l'autorité de ses parents* »⁶. Plus précisément, c'est l'impossibilité pour les parents d'exercer leurs prérogatives, leur désintérêt voire l'aggravation

¹ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 94.

² En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 95. La motivation de certaines décisions pourrait suggérer le contraire. La cour d'appel de Reims a ainsi jugé qu'il convenait, dans l'intérêt de l'enfant, « *de retirer totalement l'autorité parentale au père, pour l'attribuer entièrement à la mère* » (CA Reims, 5 avril 2001, Jurisdata n° 2001-157161). La cour d'appel de Lyon a également évoqué la « *demande "de retrait de l'autorité parentale"* » d'une mère souhaitant en obtenir l'exercice unilatéral (CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/02732 ; dans le même sens : CA Douai, 12 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-339396 – CA Pau, 27 mai 2008, Jurisdata n° 2008-371574).

³ CARBONNIER (I.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 10, 2013, § 113.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 94.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 134.

⁶ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 561.

des difficultés familiales qui aboutissent « à la pure et simple confiscation de l'autorité parentale »¹. Ces situations démontrent que l'assistance de la famille n'est plus pertinente pour garantir la protection du mineur victime de sa famille, ce qui justifie que les parents soient privés d'un exercice de l'autorité parentale « inutile et néfaste pour l'enfant »². Ce dispositif de confiscation de l'autorité parentale n'a pas pour objet de sanctionner les parents, même s'il tend à organiser leur remplacement provisoire ou définitif. En réalité, il a plutôt tendance à organiser un aménagement de l'exercice de l'autorité parentale sans pour autant porter atteinte à la titularité de ce droit-fonction. Ce serait donc en ce sens que l'exercice de l'autorité parentale ne serait pas sanctionné, le droit d'autorité n'étant pas atteint par l'intervention judiciaire. Cette idée peut être renforcée par le fait que c'est le juge aux affaires familiales qui est compétent pour décider de la confiscation de l'exercice de l'autorité parentale, et non une juridiction collégiale. A ce titre, ce magistrat peut décider de confier l'enfant à un tiers.

226. Le mineur confié à un tiers par le juge aux affaires familiales. – Dans des situations exceptionnelles, et si l'intérêt de l'enfant l'impose, notamment si l'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales peut décider de confier un mineur à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté³. Du vivant des parents et dans des circonstances exceptionnelles, le juge, lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale après la séparation des parents, peut également décider de ne pas confier l'enfant au survivant en cas de décès de l'autre parent. Il pourra alors désigner la personne qui accueillera provisoirement l'enfant⁴. Le juge aux affaires familiales s'est ainsi vu reconnaître « le droit de confier l'enfant à un tiers dans des situations qui ne sont pas assez graves pour relever d'autres domaines de l'autorité parentale »⁵. Ce placement de l'enfant chez un tiers par le juge aux

¹ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 1261. Voir déjà : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 467.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 467.

³ Art. 373-3, al. 2 C. civ. Cette considération en faveur d'un placement familial n'interdit toutefois pas le placement de l'enfant à l'ASE par le juge aux affaires familiales (CA Agen, 31 mars 2005, Jurisdata n° 2005-272619 : mère instable, dont le comportement n'offre aucune fiabilité, et incapable de répondre aux besoins de l'enfant, figure de son éventuelle violence ; père analphabète dans une situation matérielle précaire dont la dépendance à l'égard de sa belle-sœur en conflit avec sa sœur, mère de l'enfant, placera la mineure en position d'enjeu).

⁴ Art. 373-3, al. 3 C. civ. ; art. 373-3, al. 2 C. civ.

⁵ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 538. Cette faculté offerte au juge aux affaires familiales n'est pas limitée au cas où l'un des parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale (Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 38). *De lege lata*, cette position de la Cour de cassation est justifiée. En effet, si l'alinéa troisième de l'article 373-3 du Code civil vise uniquement l'hypothèse du décès de l'un des parents après la séparation conjugale, l'alinéa deuxième de cette disposition emploie l'adverbe « notamment », lorsqu'il se réfère à la privation de l'exercice de l'autorité parentale d'un des parents. En outre, ce deuxième alinéa est indépendant du premier alinéa de l'article 373-3. Il doit donc être interprété isolément. Par conséquent, le législateur ne fait que noter une hypothèse particulière et non exhaustive, qui pourrait justifier le placement par le juge aux affaires familiales. *De lege ferenda*, cette interprétation extensive permet d'assurer efficacement la

affaires familiales permet d'apporter une stabilité ou de meilleures conditions de vie à l'enfant sur les plans physique et éducatif¹, notamment après une séparation parentale conflictuelle², un conflit familial ou un décès³, voire un conflit familial consécutif à un décès de l'un de parents⁴. Il offre une protection au mineur contre des parents jugés incompétents ou faisant courir un danger grave à l'enfant⁵.

Cette mesure d'accueil judiciaire assure la protection de l'enfant contre sa famille défaillante ou incompétente⁶, voire inapte⁷, ou encore incapable de l'accueillir dans de bonnes conditions⁸. Dans cette situation, les parents sont toujours titulaires de l'autorité parentale. Ils continuent en outre à exercer cette autorité, conformément à l'alinéa premier de l'article 373-4 du Code civil, le tiers n'ayant le pouvoir d'accomplir que les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant. En réalité, « *le droit incontestable des parents a cependant perdu sa consistance : il est limité aux décisions importantes, celles qui ne relèvent pas de la vie courante* »⁹. Cela est d'autant plus vrai que « *le droit de garde dont ils sont toujours censés disposer [...] est vidé de sa substance* »¹⁰. Les parents ne sont plus en mesure de fixer la résidence habituelle de l'enfant. De ce point de vue, il est permis de penser que le placement chez un tiers décidé par le juge aux affaires familiales permet de soustraire l'enfant à sa famille et de confisquer, dans une certaine mesure, l'exercice de l'autorité parentale¹¹, spécialement si le

protection du mineur victime de sa famille. Elle est conforme à la volonté du législateur, en ce qu'elle consacre l'existence de conditions générales autorisant le juge aux affaires familiales à confier l'enfant à un tiers, dont le statut est par ailleurs affirmé (sur la difficulté d'interpréter les trois alinéas de l'article 373-3 : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 535-536 ; GAREIL-SUTTER (L.), « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2009, n° 07-14.849, FS-P+B+I : Jurisdata n° 2009-047180 », *Dr. famille*, 2009, comm. n° 58 ; GALLMEISTER (I.), « Décision de confier l'enfant à un tiers : conditions de fond et saisine du juge, obs. sous Cour de cassation, 1^{ère} civ., 25 février 2009, n° 07-14.849 (n° 185 FS-P+B+I) », *AJfam.*, 2009, p. 171 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Autorité parentale », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2005, § 272).

¹ CA Nancy, 5 mai 1995, Jurisdata n° 1995-044250 – CA Pau, 19 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040817 – CA Nîmes, 7 juin 2001, Jurisdata n° 2001-150765 – CA Agen, 31 mars 2005, Jurisdata n° 2005-272619.

² CA Colmar, 5 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-267456.

³ CA Paris, 15 mai 1991, Jurisdata n° 1991-022067 – CA Nancy, 30 septembre 1991, Jurisdata n° 1991-052441 – CA Toulouse, 26 mai 2011, Jurisdata n° 2011-015483.

⁴ CA Pau, 26 juillet 2011, Jurisdata n° 2011-021861.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 97.

⁶ LAMARCHE (M.), précité, *AJfam.*, 2008, p. 141.

⁷ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 83.

⁸ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 997.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2005, § 44.

¹⁰ LEROYER (A.-M.), précité, *RTD civ.*, 1998, p. 587.

¹¹ Par exemple, sur le fondement de l'article 373, alinéa troisième du Code civil, des juges du fond ont estimé qu'en cas de décès de la mère, qui exerce l'autorité parentale, l'enfant ne sera pas confié au survivant. En raison de la condamnation du père à dix-huit années de réclusion criminelle pour viol et agressions sexuelles sur des personnes vulnérables, l'incarcération de ce dernier perdurerait à la majorité de sa fille, ce qui, selon les magistrats, le placerait dans l'impossibilité de prendre la suite de la mère dans son éducation. En outre, le décès de la mère imposerait de confier abruptement l'enfant à son père, conformément à l'article 373-1 du Code civil. Or, cela serait contraire à son intérêt, étant donné que la mineure n'a plus aucun contact avec son père depuis plus de huit ans. Il serait donc illusoire, pour les magistrats, de croire que le père serait en mesure d'exercer efficacement l'autorité parentale à

magistrat impose au tiers de requérir l'ouverture d'une tutelle¹. Dans ces situations, le critère de l'intérêt de l'enfant « *est suffisamment souple pour laisser au juge un large pouvoir d'appréciation* »². Le juge aux affaires familiales est ainsi compétent pour entraver le libre exercice de l'autorité parentale³ voire pour priver l'un ou l'autre des parents, ou les deux, de cet exercice au nom de l'intérêt supérieur du mineur. Le respect dû aux droits parentaux et à la vie privée et familiale ne fait donc « *pas obstacle à ce que le juge intervienne conformément aux pouvoirs que lui donne la loi, pour protéger l'enfant d'un péril* »⁴. Ce magistrat pourra dès lors modifier la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale en en privant le ou les parents (§ 1) ou en le déléguant à un tiers (§ 2).

§ 1/ La perte de l'exercice de l'autorité parentale

227. La remise en cause du principe de coparentalité. – La loi du 4 mars 2002⁵ a généralisé et renforcé l'exercice en commun de l'autorité parentale. La particularité de certaines situations nécessite toutefois un aménagement spécifique de cet exercice, en particulier si les parents ou l'un d'entre eux n'exercent pas leurs droits et pouvoirs dans l'intérêt supérieur du mineur. La protection de l'enfant est alors compromise et ce dernier devient la victime de sa famille. Ces éléments justifient une modification de la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. C'est pourquoi le législateur a envisagé des mécanismes pour confisquer l'exercice des prérogatives par les père et mère afin d'assurer une protection efficiente du mineur. Le juge aux affaires familiales pourra décider de priver les parents de l'exercice de cette autorité (A) ou de confier son exercice exclusif à un seul d'entre eux (B).

l'avenir, compte tenu notamment de l'absence d'effectivité du lien familial (CA Nancy, 28 septembre 2012, Jurisdata n° 2012-031029 ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 40, obs. NEIRINCK (C.)). Dans cette espèce, c'est l'impossibilité de faire confiance au père qui a motivé la décision de confier l'enfant à un tiers en cas de décès de la mère. Concrètement, la juridiction a pris en compte la situation future de l'enfant, afin d'éviter qu'il ne devienne une victime potentielle de sa famille dans l'hypothèse du décès de la mère. De ce point de vue, il est permis de penser que c'est la notion de risque qui a été utilisée pour protéger l'enfant. Le risque, présent dans toute la société, aurait donc vocation à s'appliquer dans la famille, notamment pour garantir la protection du mineur victime de sa famille.

¹ Art. 373-4, al. 2nd C. civ.

² TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 997.

³ En ce sens : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 561.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 329.

⁵ L. n° 2002-305 précitée.

A/ La privation de l'exercice de l'autorité parentale

228. Une privation de plein droit judiciairement constatée. – L'article 373 du Code civil organise la privation de l'exercice de l'autorité parentale, peu importe que les parents soient ou non séparés. La lettre de cet article permet d'appréhender de multiples situations dans lesquelles l'enfant pourrait être la victime de sa famille. Le texte dispose 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* ». Cette privation joue de plein droit puisqu'il n'est pas nécessaire de recourir à une décision de justice¹. Dans cette situation, le droit prend acte des faits, c'est-à-dire des événements qui ne permettent pas aux parents d'exercer leur autorité compte tenu de leur incapacité à manifester leur volonté. Cette mesure « *découle du constat objectif de l'impossibilité pour le parent d'exercer ses prérogatives* »².

Le comportement des père et mère n'est pas nécessairement pris en compte pour les priver de l'exercice de l'autorité parentale. Il n'est pas impératif que les parents fassent un mauvais usage de leur autorité. L'intervention du juge aux affaires familiales sera, au demeurant, utile afin de vérifier la réalité de la situation³. Le magistrat pourra s'assurer que les conditions de l'article 373 du Code civil sont réunies. L'office du juge aux affaires familiales ne consiste pas à décider de la mesure, mais à apprécier la situation en raison « *du caractère imprécis des circonstances visées* »⁴ par le texte. En effet, les conditions d'application de cette mesure peuvent nécessiter une appréciation judiciaire et par la même, une décision judiciaire *ad probationem*⁵. Il s'agit pour le magistrat de contrôler la réalité de l'impossibilité pour le parent d'exercer l'autorité parentale. A ce titre, lorsque le juge constate que le parent est hors d'état de manifester sa volonté, il ne peut que prononcer la privation de l'exercice de l'autorité parentale. Il ne possède aucun pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la mesure. De ce point de vue, l'intervention du juge aux affaires familiales est bien « *nécessaire pour constater que les conditions qui déclenchent le mécanisme de transfert sont bien réunies* »⁶. Cette exigence est par ailleurs impérative « *pour la sécurité de l'enfant dont il est important de savoir s'il est ou non soumis à l'exercice de l'autorité*

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 18 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 312.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 818.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 8 novembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 323.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 819.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 295.

⁶ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.152.

parentale, pour pouvoir, le cas échéant, organiser sa protection par un autre moyen »¹. La privation de l'autorité parentale sera constatée toutes les fois où les parents sont objectivement dans l'impossibilité de manifester leur volonté². Outre les deux hypothèses juridiquement visées par l'article 373 du Code civil³, les parents pourront être privés de l'exercice de leur autorité en cas d'abandon de l'enfant, d'emprisonnement⁴, d'accidents ou de troubles psychologiques. Cette mesure permet de protéger des parents absents sur le plan psychique et présentant une incapacité à pouvoir orienter la vie quotidienne des enfants, notamment du fait d'une perte de conscience, d'un amoindrissement des facultés intellectuelles, de la consommation excessive d'alcool ou de l'usage de stupéfiants⁵. La spécificité de certaines pathologies mentales et la dépendance alcoolique ou toxicomaniaque empêche le mineur d'être protégé par ceux qui exercent à son égard l'autorité parentale⁶. Le magistrat doit néanmoins motiver l'incidence du trouble psychique sur l'exercice de l'autorité parentale pour pouvoir en priver le parent⁷. Il n'existe « aucune automaticité de la perte de l'autorité parentale quand une personne est parent d'un ou de plusieurs enfants mineurs et qu'elle est placée sous une mesure de protection »⁸. Il faut en outre que cette situation présente une certaine durée. Ce n'est qu'à cette condition que l'enfant serait la victime de sa famille. Si l'impossibilité du parent à manifester sa volonté peut entraîner un délaissement parental ou être à l'origine d'un danger, il est nécessaire que cet état perdure pour être caractérisé.

229. Une confiscation a priori temporaire de l'exercice de l'autorité parentale. – Si le parent est à nouveau en mesure d'exprimer sa volonté, il pourra exercer les attributs de l'autorité parentale. Sa capacité retrouvée ne justifie plus la mesure prononcée en application de l'article

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 819.

² Il est donc nécessaire de prouver que le ou les parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

³ Parents incapables d'exprimer leur volonté (art. 425 C. civ.) ou présumés absents (art. 112 C. civ.).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 octobre 1978, *Bull. civ.* I, n° 312. Le juge aux affaires familiales doit alors démontrer que l'incarcération du parent l'empêche de manifester sa volonté.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 294 ; GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.152.

⁶ CREOFF (M.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dunod, 2006, p. 208.

⁷ CA Lyon, 18 juin 2013, Jurisdata n° 2013-013288.

⁸ FRESNEL (F.), MARIA (I.), « Majeurs protégés et autorité parentale », *Petites affiches*, 15 mai 2014, n° 97, p. 6. La mesure de protection des parents n'implique pas *de facto* une privation de l'autorité parentale (TI Saint-Omer, 3 mai 1989, Jurisdata n° 1989-047184 (tutelle) – CA Caen, 2 février 2006, *D.*, 2006, p. 2016 note RAOUL-CORMEIL (G.) (curatelle renforcée) – CA Lyon, 18 juin 2013, Jurisdata n° 2013-013288 (curatelle renforcée)). Cela suppose que le parent, en raison de son incapacité, soit hors d'état de manifester sa volonté (CA Lyon, 18 juin 2003, Jurisdata n° 2013-013288 (sauvegarde de justice puis curatelle renforcée)). En effet, il faut distinguer selon que le parent dispose de facultés mentales altérées ou qu'il soit hors d'état de manifester sa volonté. L'existence d'un régime de protection n'est donc qu'un indice permettant de prouver l'impossibilité du parent à manifester sa volonté (GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 293). Une mère, sous curatelle, a ainsi pu conserver l'exercice de son autorité, nonobstant ses accès de violence (CA Aix-en-Provence, 12 novembre 2001, Jurisdata n° 2001-157512).

373 du Code civil. Pour autant, si la privation de l'exercice de l'autorité parentale résulte d'un jugement, le parent « *devra solliciter du juge aux affaires familiales une décision le rétablissant dans ses droits* »¹. Celle-ci sera alors systématique. Le juge aux affaires familiales devra constater que le parent est apte à remplir ses fonctions et éventuellement statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

230. La réunion des pouvoirs au profit d'un des parents. – La décision du juge aux affaires familiales de priver l'un des parents de l'exercice de l'autorité parentale investit l'autre de l'ensemble des prérogatives de cette autorité. Cette solution, identique à celle applicable en cas d'exercice exclusif de l'autorité parentale après la séparation des parents², est fondée sur l'article 373-1 du Code civil. Le parent exerçant seul l'autorité devra protéger le mineur dans sa santé, sa moralité, sa sécurité et assurer son éducation et son développement physique, affectif, intellectuel et social au quotidien. A l'égard de l'autre parent, la privation de l'exercice de l'autorité parentale est totale³. Celui-ci ne disposerait plus d'aucun droit d'autorité parentale, hormis ceux inhérents à la titularité de celle-ci. Il est vrai que dans cette hypothèse le parent n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté. Il est dès lors difficilement concevable qu'il puisse exercer son droit de surveillance, voire même participer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ce d'autant plus qu'il n'est plus apte à prendre des décisions⁴. Dans ce cas, le parent ne peut plus exercer temporairement ou définitivement ses responsabilités envers son enfant, et cela même s'il n'a pas volontairement manqué à ses obligations. Cette solution paraît néanmoins trop radicale. C'est la raison pour laquelle il convient d'admettre que le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ne perd pas tous les droits à l'égard de son enfant. Il doit *a minima* pouvoir, sauf motifs graves, conserver des relations avec l'enfant, spécialement au moyen d'un droit de visite et/ou

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 577.

² *Infra.* § 230.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 577.

⁴ En ce sens, la Cour de cassation avait admis, avant la loi du 4 mars 2002 (L. n° 2002-305 précitée), pour le père privé de l'exercice de l'autorité parentale en application de l'ancien article 373, 3° du Code civil, la perte de tout droit de visite. Ce dernier ne pouvait donc pas poursuivre son ex-épouse pour non-représentation d'enfant (Cass. crim., 4 décembre 1984, *Bull. crim.*, n° 385). *A fortiori*, le parent n'est également plus en mesure ni d'effectuer les actes usuels de surveillance et d'éducation, celui-ci ne pouvant plus accueillir l'enfant, ni les actes non usuels de l'autorité parentale. *A contrario*, si l'éloignement de la mère ne la met pas hors d'état de manifester sa volonté, elle n'est pas privée de l'autorité parentale en application de l'article 373 du Code civil. Cela signifie que le père ne pouvait pas effectuer seul un acte non usuel de cette autorité, en l'espèce une demande de perte de la nationalité française à l'égard d'un mineur (CE, 2^e s.-sect., 15 juin 2012, *M. Idrisse A.*, n° 353699, Jurisdata n° 2012-013645, *Dr. famille*, 2012, comm. n° 146, obs. NEIRINCK (C.)).

d'hébergement¹. Il semble par contre inopportun d'imposer au parent privé de l'exercice de l'autorité parentale des devoirs, étant donné qu'il n'est plus en état de manifester sa volonté².

231. L'ouverture de la tutelle par l'effet de la loi. – L'alinéa premier de l'article 390 du Code civil précise que la tutelle « s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale » en vertu de l'article 373 du même Code. Cela signifie que la tutelle s'ouvre automatiquement au décès du survivant des deux parents exerçant l'autorité parentale et à l'égard desquels la filiation de l'enfant est légalement établie, mais aussi en cas de décès du parent qui a l'exercice de l'autorité parentale, conformément à l'article 373-1 du Code civil, lorsque l'autre en a été privé. Une solution identique sera retenue si les deux parents sont tous les deux privés de l'exercice de cette autorité. En effet, « s'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale, il y aura lieu à l'ouverture d'une tutelle ainsi qu'il est dit à l'article 390 »³. Il existe cependant une difficulté. Pour que la tutelle s'ouvre, il faut constater l'impossibilité du ou des parents à manifester leur volonté. A cet égard, il paraît nécessaire que la privation de l'exercice de l'autorité parentale soit actée judiciairement, en particulier si un seul des parents est concerné⁴. Dans cette situation, le parent survivant privé de l'exercice de l'autorité devra solliciter une décision du juge aux affaires familiales afin d'être restitué dans ses droits, ce qui suppose que le magistrat constate sa capacité à manifester sa volonté. Cela signifie qu'en l'absence d'un tel jugement restituant le parent dans ses droits, la dévolution normale de l'exercice de l'autorité parentale demeure paralysée, ce qui permet l'ouverture de la tutelle⁵. *A contrario*, si la privation de l'autorité parentale n'a pas été constatée judiciairement, le décès du parent exerçant exclusivement l'autorité impliquerait le transfert de plein droit de l'exercice de cette autorité au survivant, quand bien même celui-ci ne serait pas en mesure de manifester sa volonté et de prendre des décisions dans l'intérêt de l'enfant. L'ouverture de la tutelle ne serait dès lors pas automatique. Il faudrait nécessairement faire constater que le parent survivant est hors d'état de manifester sa volonté, c'est-à-dire qu'il ne peut pas assurer la

¹ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 821.

² Cette affirmation doit cependant être nuancée. Dans la mesure où la privation est totale, le parent n'aurait en principe pas de devoirs à l'égard de l'enfant, hormis celui d'entretenir des relations personnelles avec ce dernier si les circonstances le permettent. Seul le droit de visite et d'hébergement semble en effet pouvoir subsister dans cette hypothèse. Par conséquent, le devoir correspondant à ce droit devrait être imposé au parent privé de l'exercice de l'autorité parentale, mais encore faut-il que celui-ci puisse manifester sa volonté d'exercer son droit et d'accomplir son devoir à l'égard du mineur.

³ Art. 373-5 C. civ.

⁴ Si les deux parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale, la tutelle sera immédiatement ouverte, sauf à ce que le mineur soit confié à un tiers qui devra éventuellement requérir l'ouverture de la tutelle (art. 373-3, al. 2 et 373-4, al. 2nd C. civ.).

⁵ Il semble cohérent que le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ne recouvre pas ses droits lorsque, par son comportement il met en danger l'enfant, à moins que sa situation n'ait changé.

direction de son enfant. Cette dévolution normale de l'autorité parentale au profit du parent survivant préalablement privé de l'exercice de ses prérogatives n'est toutefois pas systématique.

Le juge aux affaires familiales peut être amené à se prononcer sur l'avenir de l'enfant après le décès du parent exerçant exclusivement l'autorité parentale. En ce sens, il peut décider de priver le survivant de l'exercice de l'autorité en application de l'article 373 du Code civil. Une mesure de tutelle serait ouverte afin d'assurer la protection de la personne du mineur, étant donné qu'il n'existe plus de parent en état d'exercer l'autorité parentale selon l'article 373-5 du Code civil. Le magistrat pourrait également décider de confier l'enfant à un tiers, à charge pour ce dernier de requérir l'ouverture de la tutelle¹. Le deuxième alinéa de l'article 373-3 du même Code l'y autorise à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment quand un des parents est privé de l'autorité parentale. Les termes généraux de cette disposition consacrent ainsi « *la possibilité pour le juge aux affaires familiales, lorsqu'il est saisi pour statuer sur le sort de l'enfant, de confier celui-ci à un tiers, en particulier quand seul un exercice unilatéral de l'autorité parentale est possible en raison de l'impossibilité dans laquelle se trouve un parent d'exercer l'autorité parentale* »². En outre, lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale après la séparation des parents, le juge aux affaires familiales peut décider, du vivant des parents et dans des circonstances exceptionnelles, que l'enfant ne sera pas confié au survivant en cas de décès de l'autre. Cette possibilité, contenue au troisième alinéa de l'article 373-3 du Code civil, permet au magistrat d'organiser la protection future de l'enfant en cas de décès du parent séparé exerçant seul l'autorité parentale, l'autre en étant privé en application de l'article 373-3 du Code civil. Cette anticipation sur l'avenir permet d'éviter que l'enfant ne devienne la victime de sa famille. Plus précisément, le législateur garantit la protection du mineur, victime potentielle de sa famille, s'il venait à être confié au parent survivant incapable de manifester sa volonté et d'exercer ses prérogatives. L'office du juge aux affaires familiales permet de prévenir toute situation de délaissement ou de danger pour l'enfant, ce qui montrerait que la protection de l'enfant peut être fondée sur la notion de risque.

B/ L'exercice unilatéral de l'autorité parentale en cas de séparation conjugale

232. Une mesure de protection du mineur victime de sa famille. – Il est fréquent que « *la séparation des parents, qu'il s'agisse d'une procédure de divorce ou d'une séparation de fait, offre au juge aux affaires familiales l'occasion de protéger l'enfant contre l'action nocive ou*

¹ Art. 373-4, al. 2nd C. civ.

² GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 536.

le désintérêt plus ou moins total de l'un d'eux en le confiant à l'autre »¹. L'un des parents peut se voir attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale, notamment si le comportement de l'autre met l'enfant en danger². Le parent défaillant est suppléé par l'autre qui assumera en totalité la direction du mineur. Cette solution doit toutefois demeurer exceptionnelle. Le juge aux affaires familiales pourra dès lors maintenir un exercice en commun de l'autorité parentale, mais conditionné à certaines obligations (1). Le principe de la coparentalité est alors maintenu puisque la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas modifiée. Pour autant, le magistrat pourra écarter l'exercice en commun de l'autorité parentale « *par un aménagement, au besoin sévère, des prérogatives du parent défaillant* »³. Celui-ci perdra l'exercice de son autorité tandis que l'autre sera investi de toutes les prérogatives parentales (2), ce qui modifie nécessairement les conditions dans lesquelles l'autorité parentale sera exercée (3).

1/ Le maintien conditionné de l'exercice en commun de l'autorité parentale

233. L'exercice de l'autorité parentale partiellement confisqué. – « *Dans la famille unie comme dans la famille désunie, le principe reste l'exercice en commun de l'autorité parentale* »⁴, ce qui implique que le juge aux affaires familiales recherche une solution conciliant à la fois l'exercice en commun de l'autorité parentale et la protection du mineur victime de sa famille. Cet équilibre ne semble pouvoir être atteint que si le magistrat entrave le libre exercice de l'autorité parentale par un aménagement des modalités de celui-ci⁵. De ce point de vue, les parents ne sont plus libres d'exercer comme ils le souhaitent leurs prérogatives. L'exercice de l'autorité parentale leur est partiellement confisqué par le juge aux affaires familiales. Au demeurant, « *le juge peut-il, par avance, en cas d'exercice conjoint ou, à une moindre mesure (puisque les droits de l'autre sont alors limités), en cas d'exercice unilatéral, sur la base des droits respectifs de chacun, limiter les pouvoirs de celui qui exerce l'autorité parentale ou avec lequel l'enfant cohabite en lui imposant par avance certaines obligations ou certaines*

¹ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 95. L'auteur ajoute qu'il est ensuite fréquent que l'unique détenteur de l'exercice de l'autorité tente ultérieurement d'obtenir un retrait de l'autorité parentale c'est-à-dire de confisquer la titularité du droit d'autorité à l'autre parent.

² En ce sens, la cour d'appel de Reims a relevé que « *le comportement répété et continu du parent qui, sciemment, s'est totalement désintéressé du sort de son enfant gravement malade au point de s'être volontairement abstenu pendant plus de deux années d'exercer ses droits et de remplir ses devoirs, outre un évident défaut d'affection, d'attention, de soins et de direction, met manifestement et gravement en danger la sécurité, la santé, la moralité voire la vie de cet enfant* ». Ces éléments ont justifié que l'autre parent se voit attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale (CA Reims, 5 avril 2001, Jurisdata n° 2001-157161).

³ FOSSIER (T.), précité, *Dr. famille*, 2005, étude n° 15.

⁴ GOUTTENoire (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.71.

⁵ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 476 et s.

interdictions »¹ ? La réponse à cette interrogation semble positive. Le juge aux affaires familiales peut « ordonner l'interdiction de sortie de territoire français sans l'autorisation des deux parents »² pour une durée illimitée, c'est-à-dire jusqu'à la majorité de l'enfant. Le magistrat peut ainsi prévenir les déplacements illicites d'enfants à l'étranger, ce d'autant plus que l'enlèvement international du mineur constitue un risque important dans l'hypothèse d'une séparation conflictuelle d'un couple binational³. Dans cette situation, l'exercice en commun de l'autorité parentale demeure. Les deux parents doivent être associés à la décision de sortie du territoire de l'enfant, « celle-ci ne revenant pas exclusivement à celui qui veut l'éviter »⁴. En ce sens, le juge aux affaires familiales maintient le principe de la coparentalité alors qu'il aurait pu décider de confier exclusivement l'exercice de l'autorité parentale au parent qui souhaite protéger l'enfant d'un éventuel enlèvement international⁵. L'exercice de l'autorité parentale est donc partiellement confisqué, afin de prévenir un éventuel enlèvement de l'enfant⁶. C'est encore le cas si la décision du magistrat a pour objet le maintien des liens entre le mineur et chacun de ses parents, notamment si le départ du territoire français par la mère est réalisé sans en aviser le père et sans esprit de retour, ce qui démontre un déplacement illicite d'enfant⁷. En réalité, le juge aux affaires familiales ne fait qu'user des pouvoirs qui entrent dans son office en vertu des deuxième et troisième alinéas de l'article 373-2-6 du Code civil. Il arrive pourtant que ce magistrat assortisse l'exercice en commun de l'autorité parentale de conditions attentatoires aux libertés individuelles des parents.

234. Exercice de l'autorité parentale partiellement confisqué et atteinte aux droits des parents. – Nonobstant le maintien d'un exercice en commun de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales peut fixer la résidence habituelle du mineur chez l'un des parents, tout en ordonnant un placement de l'enfant hors du domicile où il réside habituellement⁸.

¹ HAUSER (J.), « Autorité parentale : le démembrement judiciaire est-il possible ? (obs. sous CA Pau, 1^{er} mars 1999 », *RTD civ.*, 1999, p. 612.

² Art. 373-2-6, al. 3 C. civ. Le texte précise ensuite que l'interdiction de sortie de territoire sans l'autorisation des deux parents est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République. En cas de mesure d'assistance éducative, le juge des enfants dispose du même pouvoir, mais l'interdiction est limitée à deux ans, c'est-à-dire à la durée maximale de principe d'une mesure d'assistance éducative (art. 375-7, *in fine* C. civ.).

³ GOUTTENOIRE (A.), « La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ fam.*, 2010, p. 518.

⁴ MAUJER-VIELPAU (L.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 515-9 à 515-13, 2011, § 33.

⁵ Afin que cette protection soit efficiente, le juge doit effectivement ordonner l'interdiction de sortie du territoire car s'il ne l'interdit pas, cela pourrait signifier que la sortie de l'enfant du territoire national est possible sans l'autorisation des deux parents (GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 518).

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1993, *Bull. civ. I*, n° 265 – Cass. civ. 1^{ère}., 22 avril 1997, *Bull. civ. I*, n° 123 – Cass. civ. 1^{ère}., 18 juin 1997, n° 95-15.396 – Cass. civ. 1^{ère}., 13 avril 1999, n° 97-13.000.

⁷ CA Rennes, 25 octobre 1999, *Jurisdata* n° 1999-109280.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 11 février 1997, n° 94-18.282 – Cass. civ. 1^{ère}., 21 octobre 1997, n° 95-18.694.

Autrement dit, le parent perd le droit de fixer la résidence habituelle de son enfant. De même, le magistrat semble pouvoir imposer des prescriptions aux parents quant à l'éducation de l'enfant. C'est notamment le cas pour l'éducation religieuse¹, les contacts du mineur avec des tiers² ou encore le comportement des parents³. Le magistrat est en mesure d'encadrer l'exercice en commun de l'autorité parentale, y compris en portant atteinte aux droits fondamentaux des parents au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴. Il est toutefois nécessaire que la décision judiciaire soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, elle ne peut pas reposer sur un présumé religieux⁵. Ce « *chantage au libre exercice de l'autorité parentale* »⁶ permet de maintenir un exercice conjoint des prérogatives parentales⁷ par une confiscation partielle de l'exercice des droits et pouvoirs des parents. Néanmoins, dans les situations les plus graves, où l'un des parents constitue une menace pour l'enfant, il convient de recourir à un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

2/ L'exercice exclusif de l'autorité parentale par l'un des parents

235. Le mauvais usage de l'autorité parentale par l'un des père et mère. – Certaines situations n'autorisent pas un exercice unilatéral de l'autorité parentale. C'est notamment le cas si le parent qui demande le monopole de l'exercice de cette autorité ne démontre pas l'existence de

¹ Cass. civ. 2^{ème}., 17 mars 1993, n° 91-19.050.

² CA Paris, 25 septembre 1992, Jurisdata n° 1992-022887 (toute cohabitation avec une tierce personne a été interdite au parent hébergeant homosexuel, or une telle interdiction ne semble aujourd'hui plus possible compte tenu de la consécration de la famille homoparentale, du moins par l'adoption (CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013. Quelques observations sur l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe », *Defrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 731 ; FULCHIRON (H.), « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP G.*, 2013, doct. 658) – CA Nancy, 20 mai 1996, Jurisdata n° 1996-047621 (interdiction pour le père d'emmener les enfants dans une communauté religieuse catholique lors de l'exercice de son droit de visite) – Cass. civ. 1^{ère}., 13 avril 1999, n° 97-13.000 (interdiction de déplacer les enfants en Suisse pour éviter les contacts avec les membres d'une secte dont les célébrations ont lieu dans cet Etat) – CA Bordeaux, 10 février 2000, Jurisdata n° 2000-107057 (obligation pour la mère chez laquelle les enfants n'ont pas la résidence habituelle de les tenir éloignés des activités des Témoins de Jéhovah) – Cass. civ. 1^{ère}., 22 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 54 (interdiction pour la mère de mettre en contact les enfants avec les membres du mouvement raëlien, hormis elle-même et son nouveau compagnon).

³ CA Agen, 8 juillet 1987, *RTD civ.*, 1993, p. 111, note HAUSER (J.) (le droit de visite du père homosexuel doit s'exercer hors de la présence d'un tiers et « avec une attitude digne d'un père de famille excluant tout comportement féminisé » ; là encore, une telle solution ne paraît aujourd'hui plus envisageable étant donné que la famille homoparentale a été consacrée par la loi (CHAMPENOIS (G.), précité, *Defrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 731 ; FULCHIRON (H.), précité, *JCP G.*, 2013, doct. 658).

⁴ En ce sens : COURTIN (C.), « L'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux des parents, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 22 février 2000 », *D.*, 2001, p. 422.

⁵ COURTIN (C.), « La religion de l'enfant en cas de séparation des parents », *AJ fam.*, 2010, p. 29.

⁶ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 488.

⁷ Sur ce point : CA Montpellier, 29 juin 1992, *RTD civ.*, 1992, p. 751, note HAUSER (J.). Egalement : CA Rennes, 25 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-109280.

motifs graves qui empêcheraient un exercice en commun de l'autorité parentale¹. Ainsi, l'éloignement géographique, à lui seul, ne peut justifier l'exclusivité de l'exercice de l'autorité parentale². C'est encore le cas à propos de l'abandon des enfants par la mère, durant plusieurs années, suite à son départ du domicile conjugal³. Une solution identique a également été adoptée lorsque le père a été condamné pour abandon de famille⁴, ou si, malgré les plaintes pour sévices sexuels par ascendants déposées par la mère contre le père, ce dernier n'a pas été condamné ou poursuivi⁵. De même, la crainte d'une excision sur l'enfant lors d'un séjour à l'étranger ne justifie pas l'exercice unilatéral de l'autorité parentale⁶, tout comme la défaillance d'un parent dans l'éducation de ses enfants, ce qui a occasionné leur placement en urgence⁷. Enfin, l'orientation religieuse de l'un des parents n'est pas suffisante pour motiver un exercice exclusif de l'autorité parentale au profit de l'autre parent. C'est la raison pour laquelle l'appartenance à une secte ne peut en soi justifier une privation de l'exercice de l'autorité parentale⁸. Le magistrat ne peut pas se fonder sur ce seul critère pour refuser l'exercice de cette autorité à un parent. Il doit mettre en exergue d'autres circonstances⁹. En d'autres termes, les pratiques religieuses du parent doivent impacter la santé, la moralité, la sécurité ou les conditions de l'éducation ou du développement physique, affectif, intellectuel et social du mineur¹⁰. Ces exemples jurisprudentiels démontrent que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale ne peut être requis que si l'un des père et mère fait un mauvais usage de ses droits et pouvoirs.

Après une séparation conjugale, l'un des parents peut refuser de collaborer avec l'autre, en particulier si l'existence d'un conflit entre les père et mère empêche tout dialogue¹¹. Il convient

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 63 (père suspecté d'attouchements sexuels).

² CA Rennes, 29 mars 1999, *Jurisdata* n° 1999-044208.

³ CA Lyon, 14 novembre 2000, *Jurisdata* n° 2000-133228.

⁴ Cass. civ. 2^{ème}., 15 mars 2001, n° 99-14.948.

⁵ CA Paris, 17 mai 2001, *Jurisdata* n° 2001-142937 (le droit d'hébergement du père est néanmoins suspendu).

⁶ CA Paris, 9 octobre 2003, *Jurisdata* n° 2003-224367 (une interdiction de sortie de territoire a toutefois été ordonnée).

⁷ CA Douai, 26 mai 2011, RG n° 10/07064 (le père s'est par ailleurs toujours montré présent auprès des enfants).

⁸ Cour EDH, *Palau Martinez c/ France* précité, § 42. Voir déjà : Cour EDH, *Hoffman c/ Autriche* précité, § 32-33.

⁹ CA Paris, 8 décembre 1986, *Jurisdata* n° 1986-026947 (incapacité de la mère à tenir les enfants à l'écart de ses engagements au sein des témoins de Jéhovah et à les préserver des risques que comporte pour leur évolution la doctrine religieuse dont elle se réclame) – CA Bordeaux, 13 août 1991, *Jurisdata* n° 1991-044329 (fragilité psychologique de la mère, trop possessive, aggravée par ses engagements religieux au sein des témoins de Jéhovah) – CA Rennes, 27 novembre 1991, *Jurisdata* n° 1991-049709 (appartenance du père à une secte pouvant le conduire à entrer en conflit avec la mère de l'enfant si ce dernier devait subir une transfusion sanguine) ; *contra.* : TGI Béziers, JAF, 4 juillet 1991, *Jurisdata* n° 1991-051799 (appartenance de la mère aux témoins de Jéhovah et engagement personnel de ne jamais subir de transfusion sanguine sans influence sur les enfants dès lors qu'ils ne concernent qu'elle-même).

¹⁰ La mesure sera légitimée dans l'hypothèse d'un délaissement, d'une déscolarisation ou encore d'un enfermement du mineur.

¹¹ Il est envisageable que l'un des parents utilise l'enfant pour porter atteinte à l'autre (CA Aix-en-Provence, 8 juin 2006, *Jurisdata* n° 2006-316465 – CA Rouen, 19 octobre 2006, *Jurisdata* n° 2006-317494 – CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371). Cela pourrait dès lors conduire à un SAP de l'enfant. Dans cette hypothèse, le mineur

alors de confier l'exercice de l'autorité parentale à titre exclusif à l'un des parents, ce d'autant plus si ce parent assume en réalité seul et en totalité de la prise en charge du mineur¹. Plusieurs juridictions ont décidé de confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des père et mère en raison du refus de l'autre de collaborer², de se mettre d'accord sur un plan éducatif³, de la permanence d'une difficulté du père à prendre en considération des impératifs légitimes autres que les siens⁴, le ressentiment légitime du père vis-à-vis de son épouse qui avait tenté de l'assassiner⁵, ou encore parce que la prise de décision devait être facilitée pour un enfant gravement malade⁶.

L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est réservé aux situations les plus graves, c'est-à-dire celles qui représentent une menace pour l'enfant. C'est le comportement réfractaire⁷ ou dangereux du parent qui justifie l'exclusivité de l'exercice des prérogatives au profit de l'autre. La décision du juge aux affaires familiales s'apparente à une sanction du comportement parental, mais elle reste orientée vers la protection de l'enfant. La confiscation de l'exercice de l'autorité parentale permet de sanctionner le mauvais usage de ce droit-fonction, mais elle n'affecte pas la titularité du droit d'autorité. C'est en ce sens que la décision de confier unilatéralement l'autorité parentale à l'un des parents appartient davantage à la catégorie des mesures permettant de confisquer l'exercice de l'autorité qu'à celle organisant la sanction de son exercice. L'un des parents est ainsi suppléé par l'autre qui exercera la totalité de l'autorité. En outre, si le monopole de l'exercice de l'autorité parentale est attribué à l'un des père et mère en

appartiendrait en réalité à l'une des catégories modernes d'enfants victimes de leurs familles, ce qui justifierait la mise en œuvre de mesures spécifiques de protection du mineur compte tenu de la prise en considération croissante de cette situation par les pouvoirs publics. Le législateur tend effectivement à développer des outils particuliers de résolution des conflits parentaux dans l'intérêt supérieur de l'enfant (*infra*. § 577 et 584).

¹ En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.72.

² CA Paris, 29 mars 2001, Jurisdata n° 2001-139971 – Cass. civ. 1^{ère}., 10 mai 2001, n° 00-11.083 ; *contra*. CA Lyon, 14 février 2011, RG n° 09/07239 (absence de preuve du refus du père de collaborer à la prise de décisions communes).

³ CA Bordeaux, 21 mars 2001, Jurisdata n° 2001-140288 – CA Paris, 29 mars 2001, RG n° 00/11036 – Cass. civ. 1^{ère}., 10 mai 2001, n° 00-11.083 – CA Montpellier, 6 octobre 2009, RG n° 08/04014 – CA Lyon, 6 juin 2011, RG n° 09/07117. Dans le même sens : CA Rouen, 19 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-317494.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-17.275.

⁵ CA Paris, 26 septembre 2013, RG n° 12/02389 (un contrôle judiciaire excluait tout contact entre les parents et le père assumait le quotidien des enfants depuis deux ans).

⁶ CA Nîmes, 10 octobre 2001, Jurisdata n° 2001-160521 (dans cette espèce, le père envisageait également le recours à une médecine alternative) – CA Douai, 17 février 2011, RG n° 10/05149.

⁷ La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, envisage la possibilité qu'une amende civile soit prononcée à l'encontre du parent réfractaire (*proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 5). Le législateur a envisagé la situation où le parent refuse ou s'abstient abusivement de donner son accord à l'accomplissement d'actes indispensables pour l'éducation de l'enfant (CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 73), ce qui correspond en réalité à une situation de délaissement. De ce point de vue, la confiscation de l'exercice de l'autorité parentale serait une mesure distincte de sa sanction par l'amende civile.

raison des carences éducatives de l'autre, qui, dès lors, n'exerce pas ses droits et pouvoirs dans l'intérêt de l'enfant, c'est aussi parce que ce parent aurait violé l'exercice conjoint de l'autorité parentale¹. En accomplissant un acte de l'autorité parentale, celui-ci n'aurait pas respecté les prérogatives de l'autre. La sanction de l'exercice de l'autorité serait donc la conséquence d'un comportement d'un parent, non pas vis-à-vis du mineur, mais vis-à-vis de l'autre parent. De ce point de vue, il est également cohérent que le prononcé de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale fasse partie du dispositif organisant la confiscation de l'exercice de cette autorité et non à celui prévoyant la sanction de son exercice.

236. La violation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. – L'attitude de l'un des parents peut constituer une violation grave et délibérée de l'exercice conjoint de l'autorité parentale². En effet, l'un des parents peut prendre une décision unilatérale qui ne correspondrait pas à l'intérêt supérieur du mineur. C'est ce qui justifierait l'appartenance de l'enfant à l'une des catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles. Dans cette hypothèse, le prononcé de l'exercice exclusif de cette autorité peut à nouveau s'assimiler à une sanction du comportement parental³, particulièrement si l'un des parents accomplit un acte non usuel de l'autorité parentale sans consulter l'autre⁴. Par conséquent, c'est le principe de codirection de la vie de l'enfant qui est sanctionné, un des père et mère n'ayant pas respecté le postulat de la coparentalité. L'enfant ne serait ici qu'une victime indirecte de sa famille. Néanmoins, en réalisant un acte non usuel, le parent effectue un « *acte qui, rompant avec la pratique antérieurement suivie, engage l'avenir de l'enfant* »⁵ ou qui affecte ses droits fondamentaux. Rompre avec une pratique antérieure, c'est risquer de déstabiliser l'enfant, c'est porter atteinte à son équilibre et donc à sa moralité.

237. L'exemple de la circoncision. – Afin de déterminer le caractère usuel ou non de l'acte, le juge devra procéder à une appréciation *in abstracto* et *in concreto* des circonstances de la cause. Ce n'est que par la suite qu'il pourra prononcer un exercice exclusif de l'autorité parentale au profit de l'un des parents. Par exemple, l'orientation et l'éducation religieuse qu'il convient de donner au mineur relève, par principe, d'un commun accord des père et mère, ce qui ne pose *a priori* pas de difficultés lorsque le couple est uni. A l'inverse, « *la situation se*

¹ GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 176.

² En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.*, 2010, p. 12.

³ En ce sens : CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/02732.

⁴ Art. 372-2 C. civ.

⁵ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1602 ; LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 55 ; *proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 4.

complique en cas de mésentente du couple et a fortiori en cas de désunion de celui-ci »¹, car le juge doit arbitrer un conflit familial et s’immiscer dans le choix religieux des parents². C’est notamment le cas pour un père qui a pris seul l’initiative d’une circoncision pour son fils. Il a fait accomplir cet acte, qui n’était pas médicalement nécessaire, sans le consentement de la mère et en secret, le tout en supputant d’évidence son opposition et sans respecter les nécessités médicales avérées. Ces éléments ont justifié que l’autorité parentale soit exclusivement confiée à la mère³. Dans cette espèce, les magistrats ont relevé qu’il n’existait aucun traumatisme consécutif à la circoncision pour l’enfant. Cependant, la décision du père est, pour la juridiction d’appel, néfaste à un double titre. D’une part, le père est résolu à forcer le processus décisionnel à propos de l’éducation de l’enfant. D’autre part, il n’a pas respecté la décision des juges de première instance selon laquelle il ne devait exercer ses prérogatives qu’en accord avec la mère, en particulier pour les choix fondamentaux, religieux ou culturels, relatifs aux enfants⁴. En matière de circoncision rituelle, la jurisprudence semble donc exiger le double consentement des parents⁵ en raison du caractère grave de cette décision⁶. Ce n’est pas un acte usuel de l’autorité parentale⁷. Seul un intérêt thérapeutique permettrait de passer outre la double autorisation parentale⁸.

Le parent qui fait procéder à la circoncision de son enfant, sans rechercher l’assentiment de l’autre, ne respecte pas les droits de ce dernier. L’article 373-2-11, 3° du Code civil impose au juge aux affaires familiales de prendre en considération « *l’aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l’autre* ». Ainsi, le non-respect des droits de l’un des parents pourrait justifier un exercice exclusif de l’autorité parentale⁹. Dans ce cas, il s’agirait moins de protéger le mineur victime de sa famille que de faire prévaloir les droits d’un parent.

¹ COURTIN (C.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 29.

² Sur ces éléments : COURTIN (C.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 29.

³ CA Poitiers, 21 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-146397 ; *contra.* dans une espèce dans laquelle les magistrats ont jugé que le père n’a pas méconnu l’exercice en commun de l’autorité parentale en passant outre le refus de l’autre parent, la mère ayant déclaré adhérer à la pratique religieuse : CA Lyon, 6 juin 2011, RG n° 10/05032.

⁴ La cour d’appel de Poitiers a également précisé que le père tendait à faire prévaloir sa culture sur celle de sa mère alors que la double origine des parents aurait dû permettre à chacune des deux cultures de tenir une place équivalente dans l’éducation des enfants communs. Cela nécessitait cependant une recherche commune quant aux décisions à prendre relativement aux mineurs (CA Poitiers, 21 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-146397). Il convient également de noter que la Cour de cassation a estimé que le fait pour un père d’imposer à ses jeunes enfants la circoncision dans des conditions menaçant leur équilibre constituait un motif grave. Le père s’est ainsi vu refusé tout droit de visite et d’hébergement (Cass. civ. 1^{ère}., 26 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 31 ; *D.*, 1995, jurispr., p. 226, note CHOAIN (C.)).

⁵ ARCHER (F.), *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris : L’Harmattan, 2003, § 125.

⁶ CA Lyon, 25 juillet 2007, Jurisdata n° 2007-346158 (les magistrats ont affirmé qu’« *il s’agit d’une décision grave qui ne peut être prise que d’un commun accord entre les parents, et avec le consentement de l’enfant dès lors qu’il est âgé de 11 ans* »). Voir également : CA Riom, 17 avril 2007, Jurisdata n° 2007-336812.

⁷ CA Rennes, 4 avril 2005, Jurisdata n° 2005-292420.

⁸ TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. pal.* 1974, I, p. 299, note BARBIER (P.) ; *RDSS*, 1975 p. 116, obs. RAYNAUD (P.) (les juges ont admis le caractère usuel de l’acte car la circoncision, décidée unilatéralement par la mère, était nécessaire d’un point de vue médical et ne consistait qu’en une simple intervention chirurgicale bénigne).

⁹ En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 98.

Cela est d'autant plus vrai si la responsabilité civile délictuelle du parent, qui a fait réaliser la circoncision, est retenue. Le dépassement de pouvoir commis par celui-ci se traduit alors par le versement de dommages-intérêts, comme le montre une décision de la cour d'appel de Paris du 29 septembre 2000¹. La juridiction a justifié l'octroi d'une indemnisation à une mère par « *la nécessité de réparer l'atteinte fautivement portée à ses prérogatives parentales* »² par le père qui a fait circoncire l'enfant³. De ce point de vue, l'attribution de l'exercice exclusif de l'autorité parentale à un seul des père et mère appuie le caractère fautif de l'acte réalisé par l'un des parents sans le consentement de l'autre. L'exercice de l'autorité parentale est donc sanctionné non pas parce que le parent a fait un mauvais usage de ses prérogatives parentales à l'égard du mineur, mais parce qu'il n'a pas respecté les droits de l'autre parent. Dans cette situation, la sanction du mauvais exercice de l'autorité parentale vis-à-vis du mineur devrait davantage se traduire par la confiscation du droit d'autorité parentale, le comportement du parent étant sanctionné par un retrait de cette autorité en droit civil, ou par des sanctions pénales⁴.

La confiscation de l'exercice de l'autorité parentale en application de l'alinéa premier de l'article 373-2-1 du Code civil permet en réalité de protéger l'enfant, sans pour autant sanctionner le mauvais usage des prérogatives parentales. En effet, le parent qui reste titulaire de l'autorité parentale est un parent dont le comportement n'est pas suffisamment grave pour lui retirer cette autorité. Il convient néanmoins de protéger l'enfant contre une nouvelle violation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par l'un des père et mère. L'article 373-2-11, 3° du Code civil envisage expressément l'aptitude des parents à respecter les droits de l'autre, mais il appréhende également la capacité pour le parent à assumer ses devoirs. Dès lors, le parent, qui ferait procéder seul à un rituel religieux pour l'enfant, n'accomplirait pas ses devoirs élémentaires vis-à-vis du mineur. En ne recherchant pas le consentement de l'autre parent, il contreviendrait aux obligations qui lui incombent et n'agirait pas dans l'intérêt du mineur, dans la mesure où il viole l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Or, ce non-respect de l'exercice conjoint peut faire craindre des difficultés futures relativement à l'éducation d'un enfant commun. La décision unilatérale de l'un des parents est donc susceptible d'empêcher la codirection du mineur, c'est-à-dire le processus décisionnel conjoint. L'avenir de l'enfant paraît dès lors compromis, étant donné

¹ CA Paris, 29 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 1585, note DUVERT (C.).

² DUVERT (C.), « Autorité parentale et circoncision rituelle, note sous CA Paris, 29 septembre 2000 », *D.*, 2001, p. 1585.

³ Une solution similaire a été retenue par la cour d'appel de Nîmes dans un arrêt du 20 juin 2012 (CA Nîmes, 26 juin 2012, RG n° 10/02716). Dans cette espèce, le père a fait convertir l'enfant au judaïsme, sans avoir préalablement reçu l'accord de la mère, à l'occasion des vacances scolaires du mineur en Israël. Les juges du fond ont ainsi sanctionné le « *mépris des positions de l'autre parent dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale* » et ont fait droit à la demande d'indemnisation de la mère sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

⁴ *Infra.* § 271 et 272.

qu'aucune décision importante concernant le mineur ne semble pouvoir être prise. Il se peut même que l'enfant se trouve confronté à un conflit de loyauté envers ses parents. En définitive, le prononcé d'un exercice exclusif de l'autorité parentale permet, dans cette situation, de protéger le mineur en raison de la violation de l'exercice conjoint de cette autorité par l'un des parents. L'exercice de cette autorité n'est alors pas sanctionné, puisque le parent en cause demeure titulaire de son droit d'autorité sur le mineur. Cette mesure traduit néanmoins une sanction mais à l'égard des parents. En effet, elle est la conséquence de l'atteinte portée aux prérogatives d'un des parents par l'accomplissement seul d'un acte non usuel par l'autre parent. Cette idée est prégnante en matière de soustraction de mineur.

238. L'exemple de la soustraction de mineur. – L'exercice unilatéral de l'autorité parentale peut être une protection « *contre le risque de voir partir le parent à l'étranger avec l'enfant* »¹. Cette modalité d'exercice de l'autorité parentale est une solution pour prévenir un risque potentiel d'enlèvement du mineur. Elle permet également de sanctionner le comportement d'un parent qui n'a pas respecté les prérogatives de l'autre. En d'autres termes, la confiscation de l'exercice de l'autorité parentale est un moyen de protéger le mineur. Toutefois, en droit civil, cet exercice n'est pas sanctionné du point de vue du mineur. Le parent conserve effectivement la titularité de son droit. En droit pénal cependant, il est possible de sanctionner l'exercice de l'autorité parentale pour soustraction illicite de l'enfant, sur le fondement de l'article 227-7 du Code pénal. C'est le sens d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 20 mai 2008². Pour confier l'exercice de l'autorité parentale à titre exclusif à la mère, les magistrats du second degré ont relevé que c'est elle qui s'était toujours occupée de l'enfant³, que celui-ci nécessitait par ailleurs d'être élevé dans un environnement stable, et qu'il convenait de prendre en compte des garanties de sécurité, au vu de la condamnation du père du chef de la soustraction illicite de l'enfant pendant cinq mois. A l'égard du mineur, ce sont des considérations tenant à la protection du mineur et non à la sanction du parent qui ont motivé la décision de la juridiction d'appel. Dans une autre espèce, les magistrats ont aussi fait primer la protection des enfants sur la sanction de l'exercice de l'autorité parentale. La Cour de cassation a approuvé la décision d'une cour d'appel qui avait confié l'exercice exclusif de l'autorité parentale à la mère. Les magistrats se sont fondés sur la détermination du père à imposer sa propre loi, celui-ci ayant gardé un des enfants à Manille au mépris d'une décision de justice et de la loi, ainsi que sur son absence d'effort pour normaliser

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.72.

² CA Lyon, 20 mai 2008, RG n° 06/07914.

³ Les magistrats ont également relevé que le père n'avait que rarement vu sa fille.

ses relations avec la mère dans l'intérêt des enfants¹. Dans cette espèce, l'exercice unilatéral conféré à la mère sanctionne davantage le non-respect d'une décision de justice exécutoire, quand bien même les juges d'appel ont pris en compte l'angoisse des enfants résultant du comportement du père. En outre, il est indéniable que ces enfants étaient les victimes de leurs familles en raison de la rupture radicale de chacun d'eux avec l'autre parent et sa famille. C'est pourquoi l'attribution de l'exercice exclusif à la mère a permis de les protéger contre leur père, sans qu'il soit besoin de lui retirer son droit d'autorité.

3/ La situation des parents en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale

239. Une concentration des pouvoirs au profit du parent séparé exerçant unilatéralement l'autorité parentale. – Lorsque le juge aux affaires familiales décide de recourir à un mode unilatéral d'exercice de l'autorité parentale, « *chacun des père et mère exerce seul les droits et devoirs qui lui sont reconnus. Les droits et devoirs respectifs des père et mère ne sont toutefois pas les mêmes* »². Cette situation n'est pas nécessairement définitive. Le magistrat peut toujours, à la demande de l'un des parents séparés, revenir à un exercice conjoint. Néanmoins, tant que l'exercice exclusif sera effectif, la situation du parent exerçant l'autorité parentale sera différente de celle qui ne l'exerce pas. Le prononcé de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale entraîne inévitablement « *une concentration des pouvoirs entre les mains d'un seul parent* »³. Pour autant, la reconnaissance législative du principe de coparentalité n'a pas pour effet d'exclure totalement le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité. Celui-ci conserve un certain nombre de droits et devoirs, au premier rang desquels le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant. C'est pour cette raison que l'article 373-2 du Code civil proclame 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* ». Par conséquent, le parent qui a le monopole de l'exercice de l'autorité parentale doit être apte à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre⁴. A cet effet, il doit notamment informer l'autre parent des choix importants relatifs à la vie de l'enfant, conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 373-2-1 du Code civil. Cette

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 2006, *Bull. civ.* I, n° 10.

² BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et *al.*, *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 407.

³ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1617 ; Dans le même sens : CARBONNIER (I.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 10, 2013, § 112.

⁴ Art. 373-2-11, 3^o C. civ. Par un exemple : CA Paris, 13 décembre 2012, Jurisdata n° 2012-029608.

obligation est par ailleurs soulignée dans les motifs de certaines décisions statuant sur l'exercice unilatéral de l'autorité parentale¹.

240. Les droits du parent séparé n'exerçant pas l'autorité parentale. – Le parent séparé qui n'exerce pas l'autorité parentale dispose de droits inhérents au fait qu'il demeure titulaire de celle-ci. Ce parent conserve donc les attributs extraordinaires de l'autorité parentale². Ces prérogatives ne peuvent disparaître qu'en cas de retrait de l'autorité. En effet, dans ce cas, le droit d'autorité parentale est atteint dans sa substance même³, le parent n'en étant plus titulaire. Le père ou la mère qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve également un droit de visite et d'hébergement, qui ne peut être refusé que pour des motifs graves⁴ afin d'assurer la protection du mineur⁵, notamment en cas de pathologie psychiatrique non stabilisée⁶. Un droit de correspondance y est parfois adjoint afin d'éviter une rupture des liens familiaux⁷. Dans plusieurs décisions où un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été mis en place, un droit de visite et d'hébergement a été accordé⁸, parfois dans un lieu neutre⁹ ou dans un espace de rencontre¹⁰, au

¹ Par exemple : CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371 – CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307.

² Il conserve le droit de consentir au mariage (art. 148 C. civ.), à l'émancipation (art. 413-2 C. civ.) ou à l'adoption de l'enfant (art. 348 C. civ.).

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 69 et 70. Dans le même sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 574.

⁴ Art. 373-2-1, al. 2 C. civ. ; *supra*. § 105. Exemples : Cass. civ. 1^{ère}., 26 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 31 ; *D.*, 1995, jurispr., p. 226, note CHOAIN (C.) (circoncision des enfants dans des conditions menaçant leur équilibre et risque de soustraction des enfants à l'autorité de la mère à l'occasion du droit de visite et d'hébergement) – CA Paris, 13 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-117059 (droit d'hébergement supprimé en raison de la circoncision de l'enfant à l'insu de la mère) – CA Montpellier, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-141380 – CA Lyon, 21 mars 2011, RG n° 10/01026 – CA Pau, 19 septembre 2011, Jurisdata n° 2011-023580 (irrecevabilité de la demande d'exercice exclusif de l'autorité parentale) – CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 17 octobre 2007, n° 06-18.167.

⁶ CA Limoges, 14 mai 1992, Jurisdata n° 1992-043864 – CA Poitiers, 7 octobre 2009, Jurisdata n° 2009-011734 (absence de motifs graves en cas de pathologie psychiatrique stabilisée).

⁷ En ce sens, « *la vie familiale des parents avec leurs enfants ne prend pas fin avec le divorce, et l'article 8 [de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales] inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui* » (Cour EDH, 28 juin 2005, *Fourchon c/ France*, req. n° 60145/00, § 25).

⁸ CA Pau, 22 juin 1999, Jurisdata n° 1999-043440 – CA Bordeaux, 21 mars 2001, Jurisdata n° 2001-140288 – CA Rouen, 19 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-317494 – CA Douai, 17 février 2011, RG n° 10/05149 – CA Lyon, 21 mars 2011, RG n° 09/02173.

⁹ CA Nîmes, 23 octobre 1996, Jurisdata n° 1996-030468 – CA Rennes, 15 mai 2000, RG n° 99/01575 – CA Nîmes, 13 décembre 2000, Jurisdata n° 2000-137723 – CA Lyon, 20 mai 2008, RG n° 06/07914 – CA Douai, 3 février 2011, RG n° 10/05337 – CA Dijon, 18 mars 2011, RG n° 10/01506 – CA Bastia, 19 avril 2011, RG n° 09/00235.

¹⁰ L'article 373-2-1 du Code civil permet au juge aux affaires familiales d'organiser un droit de visite dans un espace de rencontre organisé à cet effet lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent, qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale, l'exige. Il convient également de noter que l'article 373-2-9 du Code civil prévoit une solution similaire pour le parent qui n'a pas la résidence de l'enfant, mais qui exerce en commun l'autorité parentale (exemples : CA Bastia, 14 septembre 2011, RG n° 10/00533 – CA Angers, 13 février 2012, RG n° 11/01644 – CA Bordeaux, 10 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-000250 – CA Grenoble, 2 avril 2013, Jurisdata n° 2013-006179 – CA Paris, 25 avril 2013, Jurisdata n° 2013-008363). Le décret du 27 novembre 2012 (D. n° 2012-1312 du 27 novembre 2012 relatif à la fixation par le juge de l'exercice du droit de visite dans un espace de rencontre, *JO*, 29 novembre 2012, p. 18744) a structuré l'office du juge aux affaires familiales dans cette matière (EGEA (V.),

parent qui n'avait pas l'exercice de cette autorité. Ainsi, ce parent pourra effectuer « *les actes usuels de surveillance et d'éducation pendant la période où il reçoit l'enfant* »¹. Il n'en demeure pas moins que ce parent ne peut pas prendre de mesures importantes à l'égard du mineur, ce d'autant plus que ses droits s'exercent sous le contrôle du parent qui a l'exercice exclusif de l'autorité parentale². L'article 373-2-1, dernier alinéa du Code civil précise que le parent séparé, qui n'exerce pas l'autorité parentale, conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Ces prérogatives appartiennent en effet de plein droit au parent non gardien³, et cela « *même en cas de conflit violent ou de risque d'abus* »⁴. Autrement dit, ce droit de surveillance « *appartient à tout parent n'exerçant pas l'autorité parentale, mais qui demeure titulaire de celle-ci* »⁵. Il ne peut disparaître qu'en cas de retrait de l'autorité. Il arrive toutefois que des juridictions le rappellent expressément. C'est le sens de l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 20 mai 2008⁶.

En outre, pour garantir l'effectivité de ce droit, le législateur a précisé que le parent n'exerçant pas l'autorité parentale devait être informé des choix importants relatifs à la vie du mineur, notamment par la communication des documents scolaires ou du carnet de santé. C'est la raison pour laquelle certaines juridictions imposent au parent gardien l'obligation d'informer l'autre de la vie des enfants communs⁷. L'étendue des droits du parent n'ayant pas l'exercice de

précité, *Dr. famille*, 2013, alerte n° 13). L'article 1180-5 du Code de procédure civile énonce que le juge aux affaires familiales, lorsqu'il statue sur les droits de visite et d'hébergement, à titre provisoire ou sur le fond, peut décider que le droit de visite (ou la remise de l'enfant) s'exercera dans un espace de rencontre. Il doit fixer la durée de la mesure et déterminer la périodicité et la durée des rencontres. En d'autres termes, le magistrat est tenu de se prononcer sur les modalités du droit de visite conformément aux pouvoirs qui lui sont dévolus (Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 276 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 11-22.770 ; voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, *Bull. civ. I*, n° 202 – Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-15.677 ; pour des exemples concrets : CA Bastia, 14 septembre 2011, RG n° 10/00533 – CA Angers, 13 février 2012, RG n° 11/01644). Il doit fixer la durée de la mesure, c'est-à-dire déterminer précisément le temps durant lequel le droit de visite sera exercé dans un espace de rencontre. Dès lors, s'il n'existe formellement aucune limite temporelle pour cette mesure, le juge aux affaires familiales est tenu de définir la période pendant laquelle le droit de visite sera médiatisé. Cela montre que le recours à la médiatisation du droit de visite n'est que temporaire, ce qui la rapproche d'une mesure d'investigation bien que le magistrat puisse y avoir recours lorsqu'il statue au fond (NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 18). Le juge aux affaires familiales devra donc se prononcer par anticipation, étant donné qu'il doit apprécier par avance « *le temps nécessaire pour que le parent visiteur ne constitue plus un danger pour l'enfant ou pour retisser les liens distendus ou dégradés entre eux* » (GEBLER (L.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 171). L'alinéa deuxième de l'article 1180-5 du Code de procédure civile précise néanmoins que « *le juge peut à tout moment modifier ou rapporter sa décision d'office, à la demande conjointe des parties ou de l'une d'entre elles ou à la demande du ministère public* ». A cet égard, ce magistrat n'est pas qu'un juge-arbitre dans un contentieux de l'autorité parentale, il acquiert « *un rôle de régulateur fondé sur le principe de la continuité de son intervention* » (GEBLER (L.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 171).

¹ BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 559.

² CARBONNIER (I.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 10, 2013, § 113.

³ En ce sens : MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1620.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 577.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2001, n° 99-18.569.

⁶ CA Lyon, 20 mai 2008, RG n° 06/07914 (les magistrats ont ainsi convenu de « *rappeler que, selon la loi, le père conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et qu'il doit être informé des choix importants relatifs à la vie* » de sa fille).

⁷ Par exemple : CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371 – CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307 (information écrite mensuelle).

l'autorité est cependant limitée. D'une part, il ne peut pas s'ingérer dans l'éducation donnée à l'enfant par l'autre parent. Il peut simplement être informé des décisions prises dans ce cadre, en particulier celles relatives à la formation scolaire et professionnelle, intellectuelle et religieuse, à la santé, la sécurité, et à la moralité du mineur¹. D'autre part, il ne peut pas être informé de tous les détails liés à la vie quotidienne du mineur², ce qui ne lui interdit pas de contester les choix ou les carences de l'autre parent, si celles-ci s'avèrent contraires à l'intérêt de l'enfant³ et/ou mettent en péril son intégrité⁴.

241. Les devoirs du parent séparé n'exerçant pas l'autorité parentale. – Le parent séparé n'exerçant pas l'autorité parentale ne jouit pas que de droits. Des devoirs lui incombent. En ce sens, le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale doit contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent et des besoins de l'enfant⁵. Cette contribution prendra la forme d'une pension alimentaire en raison de la séparation conjugale⁶. Pareillement, le droit d'être informé et de surveiller l'entretien et l'éducation a pour contrepartie le devoir d'accomplir les mêmes actes. C'est pourquoi, s'il dispose d'un droit de visite et d'hébergement, le parent hébergeant a l'obligation de « *maintenir des relations personnelles avec l'enfant* »⁷ afin de pouvoir réaliser son devoir d'éducation et de surveillance. Le droit de visite et d'hébergement accordé au parent qui n'exerce pas l'autorité parentale ne serait donc pas qu'un droit dont l'exercice apparaîtrait discrétionnaire⁸. De ce point de vue, « *les droits ainsi reconnus au parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant sont aussi des devoirs qui lui sont imposés* »⁹. Cette réciprocité entre les droits et les devoirs du parent est la conséquence de la caractéristique de droit-fonction attribuée à l'autorité parentale, même s'il semble irréaliste de contraindre un parent à s'intéresser à son enfant contre sa volonté¹⁰. Une interrogation demeure cependant. De quelle manière sanctionner le parent non hébergeant qui ne respecte pas les obligations lui incombant, en particulier pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement ?

¹ En ce sens : Cass. civ. 2^{ème}., 16 mai 1973, *Bull. civ.* II, n° 166.

² En ce sens : CE, 3^e et 5^e s.-sect. réunies., 10 décembre 1986, *M. Adolphe*, n° 54318.

³ CA Paris, 25 octobre 1991, *Jurisdata* n° 1991-023923 (contestation de l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire dont l'éducation religieuse stricte et intransigeante présente des risques pour son équilibre, d'autant plus qu'elle est en rupture avec l'éducation religieuse reçue antérieurement).

⁴ Sur l'ensemble de ces éléments, voir notamment : BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 559 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 577.

⁵ Art. 371-2 et 373-2-1, al. 4 C. civ.

⁶ Art. 373-2-5 à 373-2-5 C. civ.

⁷ Art. 373-2, al. 5 C. civ.

⁸ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 193.

⁹ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1621. *Contra.* : CA Pau, 20 octobre 1993, *Jurisdata* n° 1993-066702.

¹⁰ KIMMEL-ALCOVER (A.), « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la séparation », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : Dalloz, 2014, p. 43.

Le tribunal de grande instance de Poitiers a admis que le droit de visite et d'hébergement dont bénéficie un parent sur son enfant s'inscrit dans le cadre plus large des obligations mises à la charge des parents, dès lors que le lien de filiation est établi. Cette juridiction a ensuite précisé que ce droit s'analyse également comme un devoir, la relation avec son enfant étant nécessaire au développement et à l'équilibre affectif de l'enfant. Le non-exercice de ce devoir est dès lors constitutif d'une faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil d'après le tribunal de grande instance poitevin¹. Cette décision démontre à nouveau que le mineur peut être victime de sa famille lorsque le parent n'exerce pas ses prérogatives dans l'intérêt de son enfant. Dans cette situation, il ne paraît pas utile de sanctionner le parent défaillant par la suppression du droit de visite et d'hébergement. En effet, « *quel est l'intérêt de détruire un lien qui en fait n'existe pas* »² ? L'allocation de dommages-intérêts permet alors de réparer le préjudice subi par l'enfant en raison du comportement de l'un de ses parents. La Cour de cassation a également approuvé une cour d'appel qui avait assorti les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement « *de l'obligation de respecter celles-ci "de manière systématique, sauf en cas de force majeure, sous peine de suppression"* ». Pour la Cour de cassation, la juridiction d'appel, « *sans ajouter une condition à la loi, a voulu simplement attirer l'attention du père sur la nécessité de respecter strictement dans l'intérêt de l'enfant, les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement qu'elle fixait* »³.

§ 2/ La délégation de l'exercice de l'autorité parentale

242. Une mesure impactant directement l'exercice de l'autorité parentale. – Depuis plusieurs années, les carences de certains parents sont régulièrement mises en avant pour justifier diverses mesures d'assistance de la famille. Si la délégation de l'exercice de l'autorité parentale permet d'aider les père et mère dans l'exercice de leurs prérogatives, elle traduit en réalité une confiscation de leurs prérogatives. La délégation est « *une technique juridique par laquelle une personne charge une autre d'exercer ses pouvoirs à sa place* »⁴. C'est un acte par lequel le juge aux affaires familiales organise le transfert, total ou partiel, à un tiers de l'exercice de l'autorité parentale relativement à un enfant remis à un tiers par ses parents ou recueilli par celui-ci sans

¹ TGI Poitiers, 15 novembre 1999, *Bull. inf. C. cass.*, n° 524, 15 novembre 2000, n° 1294.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993, § 193. Également en ce sens : MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1621.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Bull. civ. I*, n° 275.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 1.

l'intervention des père et mère¹. A cet égard, le tiers n'a pas pour mission d'assister les parents. Il exerce à leur place les prérogatives découlant de l'autorité parentale.

Cette mesure constitue une dérogation au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale. Les parents, titulaires par principe de l'autorité parentale, n'exerceront plus les prérogatives qui y sont attachées, ces dernières étant accomplies par un tiers². Par conséquent, tant que la mesure est effective, les parents ne pourront plus exercer, en tout ou partie, leurs prérogatives à l'égard de l'enfant, hormis les droits qui leurs sont réservés. Elle constitue une mesure intermédiaire entre le retrait du mineur de son milieu naturel par une mesure de placement et le retrait de l'autorité parentale ou la déclaration judiciaire d'abandon. C'est la raison pour laquelle la délégation a pour objet principal de confisquer l'exercice de l'autorité parentale et non de le sanctionner. En ce sens, les parents demeurent toujours titulaires du droit d'autorité. Leur comportement n'est pas suffisamment grave pour sanctionner l'exercice de leurs prérogatives par un retrait de leur droit d'autorité. L'article 377, alinéa deuxième du Code civil organise la délégation forcée de l'autorité parentale. Cette mesure, qui confisque l'exercice de l'autorité parentale aux père et mère (A), impacte nécessairement la situation de ces derniers. Ils ne peuvent plus exercer leurs droits et pouvoirs à l'égard du mineur (B).

A/ Les conditions de la délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale

243. Une délégation imposée aux parents. – Lorsque la délégation est imposée aux père et mère, toute référence à la volonté parentale est abandonnée³. C'est le désintérêt manifeste des parents⁴ ou leur impossibilité à exercer tout ou partie de l'autorité parentale⁵ qui fonde la

¹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o délégation de l'autorité parentale.

² Le juge aux affaires familiales devra cependant rechercher si les circonstances justifient la délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n^o 106).

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 5.

⁴ *Supra*. § 33 et s.

⁵ *Supra*. § 38. Ce second critère est une condition « novatrice » (GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.203) ou « inédite » (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 47) pour la délégation. Elle se rapproche de la situation de l'article 373 du Code civil (*supra*. § 228), puisque des obstacles, d'ordre physique ou moral, peuvent justifier l'une ou l'autre mesure. L'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, condition de la délégation forcée en application de l'article 377 du Code civil, ne serait donc que la conséquence directe de la privation de l'exercice de l'autorité parentale fondée sur l'article 373 du même Code. Le tiers qui a recueilli l'enfant peut ainsi subsidiairement solliciter du juge aux affaires familiales une délégation forcée, après avoir fait constater judiciairement la privation de l'exercice de l'autorité parentale. La délégation forcée permet de confirmer le recueil de l'enfant par le tiers étant donné que celui-ci pouvait déjà accomplir « tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation », l'autorité parentale continuant d'être exercée par les parents selon l'article 373-4 du Code civil. Néanmoins, avec la délégation, le tiers exercera l'autorité parentale au lieu et place des parents, ce qui permet de sécuriser la protection de remplacement offerte à l'enfant (en ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 49). Elle permet au tiers délégataire de s'occuper durablement du mineur tout en évitant un recours à la tutelle qui s'ouvre, en principe, de plein droit lorsque les deux parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale

délégation forcée selon l'alinéa deuxième de l'article 377 du Code civil¹. Ces derniers ne sollicitent donc pas la mesure de protection du mineur². La délégation n'est par ailleurs pas consentie par les parents au tiers délégataire³. Elle est au contraire justifiée par le désintérêt manifeste des père et mère de l'enfant ou leur incapacité à exercer l'autorité parentale. Le mineur appartiendrait ainsi à la catégorie classique de l'enfant délaissé par sa famille, même s'il existe une certaine analogie entre les concepts de délaissement et celui de danger⁴. En ce sens, la délégation forcée peut répondre à l'idée de sanction puisqu'elle est imposée aux parents⁵. Elle tendrait à sanctionner un comportement parental inadéquat, voire nocif ou dangereux pour le mineur⁶, par la remise en cause de l'exercice de leur autorité. Dans cette situation, le droit d'autorité des parents n'est pas atteint dans sa substance par la mesure de protection de mineur. Les père et mère demeurent titulaires de leur autorité. C'est la raison pour laquelle la délégation forcée viserait moins à sanctionner les parents qu'à confisquer l'exercice de leur autorité et à protéger le mineur. L'attitude des père et mère ne serait pas suffisamment grave pour justifier un

sur le fondement de l'article 390 du Code civil (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 49). La délégation forcée est donc une alternative à la tutelle du mineur quand elle n'a pas encore été ouverte (CA Pau, 20 mai 1996, Jurisdata n° 1996-046920).

¹ Le rapport du groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose d'ajouter une troisième cause de délégation forcée de l'autorité parentale : « la fréquence des demandes d'autorisation pour effectuer des actes non usuels » de l'autorité parentale en application de l'article 375-7, alinéa deuxième du Code civil (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 58 ; *supra*. § 206).

² L'article 377, alinéa premier du Code civil organise la délégation volontaire de l'exercice de l'autorité parentale. Ce mécanisme peut s'analyser « *comme une renonciation des parents, et donc comme une prérogative de l'autorité parentale* » (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 4). Il est ainsi accompli dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans cette situation, l'enfant n'est *a priori* pas la victime de sa famille. Ses parents organisent sa protection de manière anticipée. Ils évitent l'apparition future d'une situation de danger ou de délaissement pour leur progéniture. Celle-ci est préservée d'un éventuel préjudice. Les père et mère font un usage adéquat de leurs prérogatives afin de protéger le mineur. Cet aménagement volontaire de l'exercice de l'autorité parentale permet aux parents de solliciter l'aide et l'appui d'un tiers pour assurer la protection de l'enfant. Il s'agirait donc davantage d'une mesure d'assistance de la famille que d'une mesure confiscatoire de l'exercice de l'autorité parentale. Pourtant, la délégation supplétive vise en réalité « *à permettre aux parents qui ne parviennent pas à faire face à leurs obligations parentales, de donner à des tiers les pouvoirs nécessaires pour exercer à leur place les attributs découlant de l'autorité parentale* » (BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 827). Les parents sont dès lors suppléés dans l'exercice de leur autorité, ce qui aboutit à une confiscation de l'exercice de leurs prérogatives. En d'autres termes, le tiers choisi par les parents remplace ces derniers dans l'exercice de leurs droits et pouvoirs. Ce n'est que si les parents recourent à une délégation partage de leur autorité (art. 377-1, al. 2 C. civ.) qu'ils bénéficieront d'un accompagnement. En effet, la délégation partage a pour objet de faire entrer un tiers dans la vie de l'enfant en lui permettant de participer à sa prise en charge, « *alors même que le parent de celui-ci exerce ses prérogatives parentales* » (BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 827). A cet égard, la délégation partage « *permet de ne pas retirer aux parents les prérogatives déléguées et ouvre un champ nouveau à la délégation où il peut s'agir simplement d'épauler des parents aux prises avec des difficultés* » (MURAT (P.), « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in JACQUES (P.), [ss. dir.], *Etre parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49). Dans cette situation, les parents sollicitent expressément une assistance dans l'exercice de leur autorité afin d'assurer la protection de l'enfant, qui n'est pas victime de sa famille.

³ En ce sens : BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 587.

⁴ *Supra*. § 44 et s.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 139.

⁶ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 135.

retrait de leur droit d'autorité. En effet, seule la remise en question de la titularité de l'autorité parentale permettrait de sanctionner efficacement le comportement des parents. Cela est d'autant plus vrai que l'existence du lien de filiation est fragilisée dans cette hypothèse de perte du droit d'autorité¹, ce qui n'est pas le cas pour la délégation imposée de l'autorité parentale². A la différence du retrait de l'autorité parentale ou de la déclaration judiciaire d'abandon, cette mesure ne rend pas l'enfant potentiellement adoptable. Le lien de parenté entre l'enfant et ses parents n'est pas remis en question.

En définitive, la délégation forcée est une entrave à l'exercice de l'autorité parentale en ce qu'elle soustrait l'enfant à l'autorité de ses parents³. C'est une mesure confiscatoire de l'exercice de cette autorité⁴. Elle est une mesure intermédiaire entre le retrait du mineur de son milieu naturel et le retrait de l'autorité parentale ou la déclaration judiciaire d'abandon⁵. Il faut cependant que le mineur ait été recueilli par un tiers.

244. Le principe : un recueil nécessaire et suffisant de l'enfant. – La délégation forcée de l'autorité parentale ne peut intervenir qu'à la demande d'un tiers. La volonté parentale, même implicite, n'intervient pas dans le processus conduisant à la délégation de l'autorité, sauf à ce que l'adhésion des parents à la mesure soit recherchée⁶. Le fait que les parents aient volontairement ou non remis l'enfant au tiers importe peu. Cette condition résulte d'une évolution jurisprudentielle que la loi du 4 mars 2002⁷ a consacrée. Dans un avis du 27 septembre 1999, la Cour de cassation a effectivement estimé que l'alinéa troisième de l'article 377 du Code civil, dans sa version antérieure à la loi du 4 mars 2002, est applicable lorsque l'enfant a été placé par autorité de justice⁸. Cette solution prétorienne a ensuite été confirmée par la Haute juridiction qui

¹ *Infra.* § 253.

² En ce sens : CA Poitiers, 28 février 1990, Jurisdata n° 1990-044207.

³ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 566 et s.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 103.

⁵ A la différence de la mesure de placement hors de son milieu familial, la délégation imposée porte directement atteinte à l'exercice de l'autorité parentale. Elle procure au mineur davantage de stabilité qu'une mesure d'accueil, car ici, les parents ne conservent pas l'exercice de leurs prérogatives. Néanmoins, elle ne remet pas en cause le lien de filiation existant entre l'enfant et ses père et mère, ce qui la distingue du retrait de l'autorité parentale et de la déclaration judiciaire d'abandon. Elle est donc moins radicale que ces deux mesures où la titularité du droit d'autorité est remise en question.

⁶ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 58. Cette proposition du groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » permettrait d'associer étroitement les parents à la protection du mineur, notamment en leur donnant la possibilité de choisir le délégataire. Elle fait néanmoins abstraction du tiers qui a recueilli l'enfant, ce qui pourrait conduire à désigner un délégataire étranger à l'enfant. En outre, c'est uniquement ce tiers qui peut solliciter une délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale.

⁷ L. n° 2002-305 précitée.

⁸ Cass. avis, 27 septembre 1999, *Bull. avis*, n° 6. Voir déjà : CA Paris, 5 décembre 1986, Jurisdata n° 1986-027478 – CA Rennes, 3 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-048995 ; *contra* : CA Bourges, 23 octobre 1985, Jurisdata n° 1985-044231.

a cassé l'arrêt d'une cour d'appel déclarant irrecevable la requête en délégation d'autorité parentale présentée par un service départemental auquel l'enfant avait été confié par le juge de l'assistance éducative¹. Le caractère souple de cette approche² permet de mettre en œuvre la délégation forcée plus utilement, puisque le législateur ne fait plus référence à la volonté tacite des parents³. Par conséquent, le tiers doit simplement avoir recueilli l'enfant au jour où la délégation est sollicitée⁴, c'est-à-dire qu'il doit avoir pris en charge l'enfant dans les faits⁵. Le juge aux affaires familiales intervient donc postérieurement au recueil du mineur par le tiers. Cette exigence est toutefois atténuée lorsque c'est un membre de la famille qui sollicite la délégation imposée de l'exercice de l'autorité parentale.

245. L'exception : l'absence de recueil nécessaire de l'enfant. – La loi du 9 juillet 2010⁶ a assoupli les conditions de la délégation forcée de l'autorité parentale, afin d'en faciliter l'exercice, quand c'est un membre de la famille⁷ qui est à l'origine de la demande. L'article 377, alinéa deuxième du Code civil a ainsi été modifié. Le législateur a supprimé « *la condition selon laquelle il faut avoir recueilli au préalable l'enfant, pour pouvoir demander au juge de se voir déléguer l'exercice de l'autorité parentale* »⁸. Cela signifie que la condition du recueil préalable du mineur n'est plus imposée aux membres de la famille. Cette exigence ne permettait pas au membre de la famille, présumé proche de l'enfant, de formuler une demande en délégation forcée s'il n'avait pas recueilli le mineur⁹. De ce point de vue, cette mesure devient un outil de protection efficace de l'enfant victime de sa famille¹⁰ dans un contexte familial fortement perturbé¹¹, entraînant un délaissement parental, voire en cas de séparation parentale conflictuelle, de violences conjugales ou même de danger pour le mineur. Dans ces hypothèses, il est possible que l'enfant ait été « *recueilli temporairement par un tiers, sans que pour autant celui-ci ne soit en mesure de s'engager dans la durée à exercer l'autorité parentale sur cet enfant, alors que sur*

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 184.

² GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.201.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 36.

⁴ CA Reims, 1^{er} juin 2010, RG n° 10/00012-15.

⁵ BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et al., *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 436.

⁶ L. n° 2010-769 précitée.

⁷ Un lien de parenté doit impérativement exister entre le membre de la famille et l'enfant. Un lien affectif ne suffit pas pour conférer à ce tiers la qualité de demandeur à la délégation forcée.

⁸ GEOFFROY (G.), *Rapport n° 2293* précité, *Doc. AN. XIII^{ème} législature*, p. 38.

⁹ PILLET (F.), *Rapport n° 564* précité, *Doc. Sénat. 2009-2010*, p. 59.

¹⁰ En ce sens : CORPART (I.), précité, *Dr. famille*, 2010, étude n° 28.

¹¹ Le décès de l'un des parents et le désintérêt de l'autre pourrait ainsi justifier une délégation forcée de l'autorité parentale au profit de grands-parents qui n'ont pas recueilli l'enfant (Circ. n° CIV/13/10 précitée, texte non paru au *JO*, p. 16).

décision du juge, la délégation à un membre de la famille serait possible »¹ s'il n'avait pas à satisfaire la condition du recueil préalable du mineur. La nouvelle formulation de l'article 377 du Code civil permet donc aux membres de la famille, en cas de défaillance du ou des parents, d'obtenir une délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale, et cela même si l'enfant réside toujours auprès de ses père et mère². Cette éventualité permettrait de pallier l'absence de délégation volontaire des parents et *a fortiori* un désintérêt manifeste ou une impossibilité d'exercer l'autorité parentale de leur part³. Il conviendra toutefois d'éviter les abus et les saisines malveillantes de membres de la famille, en particulier dans le cadre de conflits entre les parents et les grands-parents⁴. En l'absence de tout délaissement, et *a fortiori* de danger dans la sphère intime de la cellule familiale, l'enfant pourrait être la victime de sa famille en raison de ce conflit qui pourrait le priver de ses parents. C'est la raison pour laquelle le juge aux affaires familiales doit impérativement apprécier si les conditions de fond de la délégation forcée sont remplies, peu importe que la demande émane d'un membre de la famille ou d'un autre tiers⁵.

246. La qualité du tiers délégataire. – Le tiers à l'initiative d'une délégation forcée peut être un particulier, un établissement ou un service départemental de l'ASE⁶ ou un membre de la famille. Il peut avoir été choisi par les parents ou avoir été désigné à un autre titre. Il est effectivement possible que le mineur ait été confié au tiers par un magistrat dans le cadre d'une instance antérieure, en particulier en matière d'assistance éducative. Ce tiers peut même avoir recueilli l'enfant de sa propre initiative⁷. Le juge aux affaires familiales n'a pas la possibilité de choisir le tiers délégataire lorsqu'il statue sur la requête en délégation forcée de l'autorité⁸. Seul le

¹ GEOFFROY (G.), *Rapport n° 2293* précité, *Doc. AN. XIII^{ème} législature*, p. 38.

² PILLET (F.), *Rapport n° 564* précité, *Doc. Sénat. 2009-2010*, p. 59.

³ Dans ce cas, il est même possible de penser que le membre de la famille, sans avoir recueilli l'enfant, pourrait solliciter du juge aux affaires familiales une privation de l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 373 du Code civil et une délégation forcée. L'ouverture automatique de la tutelle serait alors retardée voire écartée (art. 390 C. civ.) au profit d'une délégation imposée, ce d'autant plus si l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale n'est que temporaire.

⁴ L'enfant appartient dès lors à l'une des catégories modernes de mineurs victimes de leurs familles puisqu'il est un objet de possession entre ses parents et ses grands-parents (*infra*. § 413).

⁵ Le rapport du groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose que le procureur de la République puisse saisir le juge aux affaires familiales afin que l'autorité parentale soit totalement ou partiellement déléguée au tiers qui a recueilli l'enfant dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 56 et 58). Cette proposition permet de prendre en considération les situations où les parents ne répondent pas aux sollicitations du tiers gardien et n'usent pas de leurs prérogatives. Elle démontre l'articulation nécessaire entre les mesures d'assistance et de suppléance de la famille.

⁶ Par exemple : CA Paris, 16 février 1996, *Jurisdata* n° 1996-020966 – CA Rennes, 16 décembre 1996, *Jurisdata* n° 1996-049896 – CA Rennes, 3 novembre 1997, *Jurisdata* n° 1997-048995 – CA Agen, 11 août 2004, *Jurisdata* n° 2004-247387 – CA Nîmes, 15 mars 2006, *Jurisdata* n° 2006-309677.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 38.

⁸ CA Reims, 1^{er} juin 2010, RG n° 10/00012-15.

requérant peut être désigné comme délégataire de l'autorité, car c'est lui qui a préalablement recueilli l'enfant. A cet égard, les grands-parents ont « *une place de prédilection* »¹ pour solliciter une délégation forcée de l'autorité parentale, ce que révèle par ailleurs l'analyse de la jurisprudence². Cette position, même si elle n'est pas exclusive³, a été renforcée avec la loi du 9 juillet 2010⁴ qui n'impose plus aux membres de la famille le recueil préalable de l'enfant⁵. La qualité requise pour agir est donc conférée par le recueil préalable du mineur par le tiers. Dès lors, hormis l'hypothèse de la demande formulée par un membre de la famille⁶, c'est la prise en charge de l'enfant qui fonde l'intérêt et la qualité à agir nécessaires pour présenter la requête en délégation. Encore faut-il que la délégation forcée de l'autorité parentale soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

247. La conformité de la délégation forcée à l'intérêt de l'enfant : une condition implicite et impérative. – La délégation de l'exercice de l'autorité parentale imposée aux parents est une mesure de protection du mineur victime de sa famille. Par conséquent, elle doit impérativement être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela apparaît d'autant plus essentiel qu'elle aboutit à une séparation du mineur et de sa famille, ainsi qu'à une confiscation de l'exercice des droits des père et mère. La délégation forcée doit permettre à l'enfant d'évoluer et d'être élevé dans un environnement sain et équilibré. Le juge aux affaires familiales, dès lors qu'il règle la question de savoir si une délégation imposée doit être prononcée, doit veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts de l'enfant mineur⁷. C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible d'affirmer que « *la délégation de l'exercice de l'autorité parentale n'obéit pas à des considérations liées à l'intérêt du mineur concerné* »⁸. Au contraire, la délégation forcée ne peut être ordonnée que si le parent est dans l'impossibilité d'exercer les attributs de l'autorité parentale, au sens de l'article 377 du Code civil, dans des conditions satisfaisant l'intérêt supérieur de l'enfant, et cela afin de conférer l'exercice de l'autorité au tiers qui a recueilli

¹ LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

² CA Paris, 25 avril 1985, Jurisdata n° 1985-022504 – CA Paris, 12 octobre 1990, Jurisdata n° 1990-024386 – CA Bourges, 19 octobre 1993, Jurisdata n° 1993-046499 – CA Pau, 7 juin 1994, Jurisdata n° 1994-045304 – CA Rennes, 29 mai 2000, Jurisdata n° 2000-123346 – CA Rouen, 27 octobre 2005, Jurisdata n° 2005-289572 – CA Nîmes, 5 février 2009, RG n° 08/00161 – CA Toulouse, 24 février 2009, Jurisdata n° 2009-003162 – CA Rouen, 24 février 2011, RG n° 10/02822.

³ Pour une délégation forcée sollicitée par une tante : CA Agen, 9 novembre 2007, Jurisdata n° 2007-353630.

⁴ L. n° 2010-769 précitée.

⁵ *Contra.* avant la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 (L. n° 2010-769 précitée) : CA Reims, 1^{er} juin 2010, RG n° 10/00012-15.

⁶ Si la requête est présentée par un membre de la famille, l'intérêt et la qualité à agir découlent du lien de parenté.

⁷ Art. 373-2-6, al. 1^{er} C. civ.

⁸ CA Dijon, 8 février 2008, RG n° 08/00011.

l'enfant¹. L'intérêt supérieur de l'enfant est une condition à la délégation forcée. Cet intérêt peut notamment résulter de la nécessité de laisser le mineur dans un milieu équilibré et stable² pour son épanouissement, compte tenu de la vie agitée de la mère depuis la naissance de l'enfant, celle-ci se livrant à la prostitution et consommant de la drogue³. L'office du juge aux affaires familiales consiste dès lors à relever les éléments permettant d'établir l'opportunité d'imposer la délégation aux parents⁴. C'est ce qu'illustre un arrêt de la cour d'appel de Rouen du 24 février 2011⁵.

Dans cette espèce, les juges ont relevé que la mère, qui se perd dans ses affabulations et mène une existence marginale avec un compagnon se livrant à des activités suspectes, s'est totalement désintéressée de son enfant depuis la naissance. Ils ont ajouté que ce dernier ne connaît pas sa mère et a toujours été élevé par ses grands-parents. Or, si le foyer des grands-parents est fortement ébranlé depuis la mort de la grand-mère, qui était le pivot de la famille, les magistrats constatent que l'enfant ne manque pas d'affection auprès de son grand-père. Pour accorder la délégation totale de l'exercice de l'autorité parentale à l'aïeul, les juges du second degré ont estimé que l'enfant était bien pris en charge au domicile du grand-père, et cela « *en dépit des carences éducatives résultant de l'alcoolisation excessive de l'aïeul et de la violence verbale régnant chez lui, dont il n'est pas exclu qu'elle dégénère en violences physiques* ». Ils ont également relevé que la tante maternelle de l'enfant, qui partage le foyer de son père, s'occupait de l'enfant la plupart du temps. Autrement dit, la juridiction d'appel a prononcé la délégation de l'autorité parentale pour protéger l'enfant contre le délaissement maternel dont il faisait l'objet. Les magistrats ont mis un terme à la situation pour que le mineur ne soit plus la victime de sa famille et plus précisément de sa mère. Néanmoins, en déléguant l'exercice de l'autorité parentale au grand-père, les magistrats ont placé l'enfant face à un risque de violence physique. L'enfant se retrouve alors dans une situation où il devient la victime potentielle de sa famille, en particulier s'il est exposé à des violences domestiques au sein du foyer du grand-père. La présence de la tante ne semble d'ailleurs pas être un moyen pour remédier à cette situation. Cette conception de l'intérêt de l'enfant est surprenante. Elle ne permet pas de protéger efficacement l'enfant contre sa famille, étant donné qu'il demeure la victime, même éventuelle, de celle-ci. N'aurait-il pas fallu que le ministère public saisisse préalablement le juge des enfants pour qu'une protection

¹ CA Basse-Terre, 12 février 2007, Jurisdata n° 2007-334664.

² CA Pau, 7 juin 1994, Jurisdata n° 1994-045304.

³ CA Paris, 25 avril 1985, Jurisdata n° 1985-022504.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 46.

⁵ CA Rouen, 24 février 2011, RG n° 10/02822.

efficace du mineur soit organisée¹ ? Il n'en demeure pas moins que si les conditions de recevabilité de la demande en délégation forcée sont réunies, le juge n'est pas tenu de la prononcer. Il doit rechercher si l'instauration de la mesure sollicitée par le tiers est conforme à l'intérêt de l'enfant². Dans le cas contraire, la délégation forcée ne pourra pas être prononcée. Cette démarche constructive du magistrat est fondamentale. En effet, la délégation forcée de l'autorité parentale a pour conséquence directe une atteinte à l'exercice de l'autorité parentale.

B/ La situation des parents en cas de délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale

248. Le domaine de la délégation forcée. – Le Code civil contient peu de dispositions sur les effets de la délégation imposée de l'exercice de l'autorité parentale. L'article 377-1 du Code civil n'apporte qu'une seule précision : la délégation peut être totale ou partielle. L'office du juge aux affaires familiales est dès lors considérable. Il dispose d'une vaste marge d'appréciation lorsqu'il décide d'imposer une délégation aux parents, la seule réserve étant que « *le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué* »³. Cette limite est fondamentale. Le droit de consentir à l'adoption est un attribut extraordinaire de l'autorité parentale. Il est donc cohérent que ce droit ne soit pas délégué au tiers qui a recueilli l'enfant. Autoriser le tiers délégataire à consentir à l'adoption du mineur victime de sa famille reviendrait à priver les parents de la titularité de leur droit d'autorité sans leur consentement. Or, la délégation forcée n'a pour objet que la confiscation de l'exercice des prérogatives parentales. Elle ne remet pas en cause la titularité de ce droit⁴. En d'autres termes, la qualité de parent n'est pas remise en cause⁵ par la délégation forcée. Il n'existe aucun transfert des droits d'autorité parentale à la différence de la déclaration judiciaire d'abandon ou du retrait de l'autorité parentale. Dans ces cas en effet, l'enfant n'a plus de représentant légal⁶.

Conséquence du maintien du droit d'autorité parentale, l'obligation d'entretien des parents ne disparaît pas avec la délégation imposée. Le tiers délégataire peut ainsi obtenir des père et

¹ Le parquet ne s'est pas opposée à la mesure sollicitée, mais l'arrêt a été transmis au juge des enfants en vue d'une éventuelle mesure d'AEMO eu égard aux risques éducatifs relatés.

² CA Pau, 27 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130981 (la mineure n'a pas trouvé au foyer de sa tante, qui manifeste un attachement authentique pour l'enfant, des repères stables ; elle a par ailleurs été placée provisoirement en famille d'accueil). Dans le même sens : CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051376.

³ Art. 377-3 C. civ.

⁴ A ce titre, le fait de consentir à une délégation ne peut être assimilé à une volonté d'abandonner l'enfant et ne peut conduire à une déclaration judiciaire d'abandon (CA Aix-en-Provence, 5 mars 1997, Jurisdata n° 1997-040784).

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 125.

⁶ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 119 et s.

mère, s'ils ne sont indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien dans le cas où la restitution de l'enfant leur est accordée¹. La délégation forcée est donc compatible avec le maintien de l'obligation parentale d'entretien². Cette solution doit cependant être nuancée. Le tiers délégataire est le second débiteur de l'obligation d'entretien en raison des carences des parents. Cela signifie qu'il ne doit pas attendre que les parents aient subvenu financièrement aux besoins de l'enfant. C'est la raison pour laquelle il peut obtenir le remboursement des frais d'entretien qu'il a engagés³. La persistance de l'obligation d'entretien permet également de rappeler aux parents leurs devoirs à l'égard de l'enfant. Si la continuité des liens affectifs est essentielle pour garantir la cohérence de la cellule familiale, la persistance de ces liens n'est pas sans conséquence. C'est un critère d'analyse du comportement parental⁴.

249. La modularité des effets de la délégation forcée. – Le juge aux affaires familiales peut aménager les conséquences de la délégation imposée aux parents en fonction de la situation du mineur dans sa famille. Cela permet de prendre en considération les particularités de chaque cellule familiale. « *L'interférence du juge dans la liberté parentale* »⁵ est donc susceptible de varier selon les circonstances. La délégation forcée peut « *avoir une portée différente pour chaque enfant d'une même famille* »⁶. Par exemple, une délégation totale a été prononcée pour l'aîné des enfants qui refusait de maintenir des liens avec ses parents. En revanche, les juges ont décidé, dans cette espèce, de recourir à une délégation partielle pour le benjamin de la famille. Celui-ci a effectivement toujours eu de meilleures relations avec ses parents et ne souhaitait pas une rupture totale avec sa famille, en particulier avec sa mère⁷. Il appartient donc au magistrat de déterminer l'étendue des droits délégués et de moduler sa décision en fonction de l'intérêt de chaque enfant de la fratrie.

Si rien n'est précisé dans la décision judiciaire, il convient d'admettre que la délégation imposée de l'autorité parentale est totale. Dans l'hypothèse où la totalité des droits et pouvoirs des parents sont délégués, le tiers sera en mesure d'accomplir tous les actes relatifs à la personne du mineur. Il pourra faire procéder à une intervention chirurgicale et décider des soins à donner à l'enfant. Il sera également compétent pour choisir l'orientation scolaire ou religieuse de ce

¹ Art. 377-2, al. 2 C. civ.

² CA Nancy, 20 septembre 1991, Jurisdata n° 1991-052426 – CA Nancy, 3 avril 1992, Jurisdata n° 1992-051434 – CA Bourges, 19 octobre 1993, Jurisdata n° 1993-046499 – CA Bordeaux, 20 septembre 1995, Jurisdata n° 1995-044023 ; *contra*. TGI Créteil, JAF, 7 juillet 1988, Jurisdata n° 1988-049133.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 124.

⁴ PY (B.), précité, *RDSS*, 1996, p. 229.

⁵ PY (B.), précité, *RDSS*, 1996, p. 229.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 116.

⁷ CA Rennes, 3 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-048995.

dernier. Il peut enfin consentir au mariage¹ ou demander l'émancipation² du mineur. Les effets extrapatrimoniaux de la délégation totale sont très étendus. Le tiers pourra accomplir des prérogatives pour lesquelles l'accord des parents est requis en matière d'assistance éducative. En d'autres termes, il peut accomplir seul les actes non usuels de l'autorité parentale³. Les droits de garde, de surveillance et d'éducation pourront être transférés au tiers délégataire⁴.

L'entrave apportée à l'exercice de l'autorité parentale est moindre lorsque la délégation n'est que partielle. La confiscation de l'exercice des droits et pouvoirs des père et mère n'est alors que relative. Le juge aux affaires familiales peut effectivement détailler les prérogatives qui seront conférées au tiers et celles conservées par les parents. Cette répartition des compétences peut néanmoins être source de difficultés. Il est possible que le tiers délégataire et les parents s'opposent sur l'étendue des droits délégués par le magistrat, mais également sur les décisions prises par chacun, ce qui pourrait déstabiliser l'enfant. Par conséquent, le recours à une délégation partielle risque de s'avérer rare, ce d'autant plus que les juridictions se contentent d'accorder un droit de visite aux parents pour admettre que la délégation n'est que partielle⁵. Cette solution paraît cependant réductrice. Il n'est pas interdit « *d'envisager une délégation de l'exercice de l'autorité parentale sur un enfant qui resterait chez ses parents... privés, au moins partiellement, de cet exercice* »⁶. Cette idée est par ailleurs renforcée par le fait qu'un membre de la famille peut solliciter une délégation forcée sans avoir préalablement recueilli l'enfant. La mesure serait dès lors un véritable outil de gestion de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant et de sa famille⁷. Elle permet de maintenir l'enfant dans son milieu actuel et de restaurer la fonction parentale. Les père et mère pourraient continuer d'élever leur enfant tout en bénéficiant de l'aide d'un tiers c'est-à-dire d'un membre de la famille. Il n'en demeure pas moins que la délégation conduit en principe à un exercice exclusif des attributs de l'autorité parentale par le délégataire. Les parents n'auront donc aucun rôle dans la vie de l'enfant sauf s'ils contribuent à son entretien et/ou disposent d'un droit de visite.

¹ Art. 148 C. civ.

² Art. 413-2 C. civ.

³ En raison de l'étendue des pouvoirs dont est investi le délégataire sur l'enfant, ce dernier se rend coupable d'agression sexuelle aggravée par sa qualité de « personne ayant autorité » (CA Paris, 12 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-001723).

⁴ Lorsque la délégation est consentie au service départemental de l'ASE, les parents devront donner leur avis par écrit sur le mode et le lieu de placement ainsi que sur toute modification ultérieure (art. L. 223-3 C. act. soc. et fam.).

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 77.

⁶ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 587.

⁷ AUTEM (D.), précité, *RJPF*, 2003-1/11.

250. La reconnaissance d'un droit de visite et/ou d'hébergement aux parents. – Afin de maintenir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents¹, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de visite et/ou d'hébergement aux père et mère quand il impose une délégation de l'exercice de l'autorité parentale. Le prononcé d'une délégation partielle se concrétise par l'aménagement d'un droit de visite et/ou d'hébergement ou d'un droit de correspondance². La délégation totale de l'exercice de l'autorité parentale ne fait également pas obstacle à la reconnaissance d'un droit de visite et/ou d'hébergement ou de correspondance au profit des père et mère. En effet, « *cette mesure laisse intacte leur qualité de parents. L'attribution d'un droit de visite et d'hébergement la consacre : elle ne dépend pas de l'étendue des droits dont l'exercice leur est confisqué* »³. Le juge aux affaires familiales ne peut refuser au parent un droit de visite et d'hébergement que pour des motifs graves⁴, c'est-à-dire uniquement si le mineur encoure un danger auprès de ses parents⁵. Par conséquent, le magistrat doit caractériser ces motifs graves, indépendants de la situation qui a donné lieu à la délégation, pour priver les parents d'un droit de visite et d'hébergement⁶. Par exemple, un père alcoolique a été privé de son droit de visite, car il n'apportait aucune garantie sur son état de santé et sur la constance du vœu qu'il avait exprimé quant à ses rencontres avec sa fille. Dans cette espèce, les magistrats du second degré ont ajouté que l'engagement de rencontres erratiques avec un père inconnu pourrait mettre en péril l'équilibre psychologique de la mineure, particulièrement fragile et mentalement déficiente⁷. Le maintien des contacts entre l'enfant et ses parents n'est donc pas absolu. Il est cependant nécessaire. La délégation forcée est une mesure temporaire, les parents ayant effectivement vocation à recouvrer l'exercice de leur autorité.

251. Une mesure temporaire. – La délégation imposée de l'autorité parentale est, par principe, limitée dans le temps afin de garantir la réunion de la famille. Le législateur n'a toutefois pas fixé de durée maximale. L'article 377-2, alinéa premier du Code civil énonce simplement que « *la délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles* ». Théoriquement, la seule véritable limite temporelle est liée à la majorité de l'enfant si aucune circonstance nouvelle n'intervient pour modifier cette situation. Cela n'interdit cependant pas aux parents de solliciter du juge aux

¹ Art. 373-2-6, al. 2 C. civ.

² Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 77 – CA Bourges, 19 octobre 1993, Jurisdata n° 1993-046499 – CA Rennes, 16 décembre 1996, Jurisdata n° 1996-049896.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 127.

⁴ Art. 373-2-1, al. 2 C. civ.

⁵ *Supra*. § 105.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 126.

⁷ CA Lyon, 26 juin 2007, Jurisdata n° 2007-341329.

affaires familiales la restitution de leurs prérogatives qui ont été déléguées, mais à condition de faire état de circonstances nouvelles¹. La fin anticipée de la délégation doit correspondre à l'intérêt supérieur de l'enfant². A cet effet, le magistrat devra apprécier souverainement les différents éléments qui lui sont soumis, afin de déterminer s'il existe des événements nouveaux susceptibles de modifier l'appréciation antérieurement faite de l'intérêt de l'enfant³. Par exemple, l'instabilité des parents, les conditions insalubres de logement, l'absence de la mère, son désintérêt pour la famille ainsi que le caractère conflictuel des rapports entre la mère et les enfants constituent des éléments à même de faire obstacle à la restitution de l'exercice de l'autorité parentale. La sécurité des enfants n'était effectivement pas assurée⁴. Une cour d'appel a également estimé que la délégation forcée ne peut prendre fin sous la pression d'un simple changement de volonté inspiré par des préoccupations utilitaires. Une telle décision doit être fondée sur l'intérêt de l'enfant, lequel requiert une nécessaire stabilité⁵. A l'inverse, l'exercice de l'autorité parentale sera restitué à la mère qui apporte la preuve de la bonne intégration des enfants, réfugiés étrangers, dans des conditions morales et matérielles satisfaisantes au regard de leur intérêt⁶. Ces espèces démontrent que la situation initiale doit s'être favorablement modifiée afin que soient satisfaits les besoins affectifs, la stabilité, la sécurité, l'intégration de l'enfant. La remise en question des qualités éducatives du délégataire⁷ peut aussi justifier la restitution de l'exercice de l'autorité parentale aux père et mère, ainsi que le retour de l'enfant dans sa famille.

Section 2. L'exercice sanctionné de l'autorité parentale

252. Une sanction justifiée par des circonstances exceptionnelles. – La gravité des fautes commises par les père et mère dans l'exercice de leur autorité peut justifier une rupture des liens entre le mineur et sa famille. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant peut consister à voir ces

¹ Le tiers délégataire, qui ne souhaite plus assumer la charge du mineur, peut également solliciter la restitution des droits parentaux au profit des père et mère (CA Versailles, 25 juin 1998, *Bull. inf. C. cass.*, n° 488, mars 1999, n° 266). Le transfert de l'exercice de l'autorité parentale du délégataire à un tiers obéit aux mêmes conditions, mais cela ne met pas fin à la mesure. Par exemple, l'incapacité nouvelle du délégataire à prendre en charge l'enfant peut justifier le transfert de la délégation puisque la sécurité du mineur n'est plus assurée. Le magistrat doit donc apprécier l'opportunité de reconduire la mesure au profit d'un nouveau délégataire. Il peut par ailleurs modifier l'étendue de la délégation. A cette occasion, les parents pourront également solliciter la restitution de leurs droits, ce d'autant plus s'ils font état de circonstances nouvelles comme leur capacité à prendre en charge l'enfant quotidiennement.

² Par exemple : CA Papeete, 28 juin 1995, *Jurisdata* n° 1995-045389.

³ GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.215.

⁴ CA Versailles, 3 juillet 1997, *Jurisdata* n° 1997-047377.

⁵ CA Papeete, 28 juin 1995, *Jurisdata* n° 1995-045389 (en l'espèce, l'action de la mère, fondée essentiellement sur le fait qu'elle ne peut plus avoir d'enfant, tend à la satisfaction d'un intérêt strictement personnel sans authentique souci de l'équilibre psychologique de l'enfant).

⁶ CA Paris, 5 mai 1987, *Jurisdata* n° 1987-023382.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 156.

liens rompus, afin d'éviter que leur maintien lui cause un dommage, voire aggrave un préjudice déjà existant. L'idée est de favoriser la création de liens nouveaux favorables à l'épanouissement du mineur¹. Dans cette hypothèse, des circonstances exceptionnelles légitiment la sanction de l'exercice de l'autorité parentale en raison de « *l'irrespect par les parents de leur fonction* »². Plusieurs qualifications pénales sont ainsi envisageables pour réprimer la diversité des atteintes à la personne du mineur par ses parents ou par d'autres membres de sa famille. Le droit criminel entraîne effectivement une condamnation sociale des parents, ce qui fait douter de leur capacité à prendre en charge le mineur à l'avenir. La sanction pénale est alors susceptible d'entraîner une rupture des liens familiaux, laquelle nécessite une suppléance des parents dans leur fonction de protection de l'enfant. La sanction pénale démontre que les père et mère ne sont plus les protecteurs naturels de l'enfant. Elle n'est toutefois pas toujours adaptée à la situation, car elle peut laisser perdurer le droit d'autorité des père et mère. Autrement dit, les relations entre l'enfant victime de sa famille et ses parents demeurent. En droit pénal, les moyens de protéger l'enfant auraient donc leurs limites. En droit civil, il existe au contraire des sanctions qui permettent de porter atteinte au droit d'autorité des parents³. Il est effectivement possible de priver les parents de leur droit d'autorité, afin de protéger l'enfant contre les abus de ses auteurs⁴. Ces sanctions civiles, radicales dans leurs effets, permettent d'offrir à l'enfant un cadre de vie propice à son développement. Elles peuvent aboutir à une rupture du lien de filiation. C'est en ce sens que l'exercice de l'autorité parentale est sanctionné. Le droit civil organise des mesures ayant pour conséquence éventuelle un éclatement juridique de la cellule familiale (§ 1), tandis que la logique rétributive du droit pénal permet de sanctionner les parents, mais aussi de « *guérir et pacifier* »⁵ les relations familiales (§ 2).

§ 1/ Les sanctions civiles du comportement familial

253. Perte du droit d'autorité parentale et atteinte à l'unité juridique de la cellule familiale. – L'autorité parentale étant un droit-fonction, elle impose aux père et mère d'être de bons parents. L'assistance de la famille peut les aider à atteindre cet objectif. Elle n'est parfois pas suffisante. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu des mécanismes permettant de confisquer l'exercice des prérogatives parentales. Pour autant, la soustraction de l'enfant à

¹ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 843.

² MURAT (P.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 134.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 468.

⁵ JEANCLOS (Y.), *La Justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2011, p. 91.

l'autorité de ces père et mère ne s'avère pas toujours efficace pour protéger le mineur contre sa famille. Le comportement des parents et la gravité de leurs carences peuvent appeler des sanctions civiles de l'exercice de l'autorité parentale¹, soit que la protection de l'enfant par ses parents est mal rendue, soit qu'elle n'est pas rendue². Dans le premier cas, le législateur a organisé un retrait de l'exercice de l'autorité³, tandis que dans la seconde hypothèse, c'est une déclaration judiciaire d'abandon de l'enfant qui pourra être prononcée⁴. Ces mesures ont pour conséquence de priver les parents de l'exercice de leur autorité, mais aussi de la titularité de leur droit⁵. Elles permettent de rendre l'enfant adoptable⁶. L'adoptabilité de l'enfant permet de répondre aux défaillances de l'autorité parentale⁷.

L'article 381, alinéa deuxième *in fine* du Code civil, relatif au retrait de l'autorité parentale, précise qu'aucune demande en restitution des droits d'autorité n'est recevable si l'enfant a été placé en vue de l'adoption. Cette disposition, à rapprocher de l'article 352 du même Code, démontre que le retrait de l'autorité parentale peut entraîner une rupture définitive du lien de filiation⁸, même si elle n'affecte pas immédiatement ce lien. La finalité du retrait de l'autorité parentale n'est effectivement pas de rendre l'enfant adoptable. C'est une conséquence incidente de la mesure qui a pour principal objectif de protéger l'enfant⁹. Ce n'est que la combinaison d'autres dispositions législatives qui permet de rendre l'enfant adoptable. Le retrait de l'autorité parentale permet prioritairement l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat¹⁰, ce qui offre à l'enfant un statut protecteur. S'agissant de la déclaration judiciaire d'abandon, le dispositif

¹ A cet égard, les viols répétés de l'enfant commun par le mari constituent une faute cause de divorce. Le mariage, par sa dimension familiale, fait naître des devoirs pour les époux envers les enfants. Or, le mari a manqué à ses obligations par son comportement (CA Aix-en-Provence, 27 novembre 2012, Jurisdata n° 2012-027954).

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 467.

³ Art. 378 et s. C. civ.

⁴ Art. 350 C. civ.

⁵ Pour la déclaration judiciaire d'abandon : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 879.

⁶ A propos du retrait de l'autorité parentale : CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108 – CA Nîmes, 12 février 2009, RG n° 08/00173 (dans ces deux espèces, la cour d'appel de Nîmes relève que la mesure de retrait total de l'autorité parentale est une condition préalable à une possibilité d'adoption de l'enfant par celui qui l'élève effectivement depuis plusieurs années).

⁷ NEIRINCK (C.), « Le droit à une vie familiale de remplacement », *in* NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 91.

⁸ En outre, l'enfant dont les deux parents ont fait l'objet d'un retrait de l'autorité parentale peut être admis en qualité de pupille de l'Etat (art. 380 C. civ. et art. L. 224-4, 5° C. act. soc. et fam. combinés). Or, l'article 347, 2° du Code civil prévoit expressément que les pupilles de l'Etat peuvent être adoptés. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est également possible lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale (art. 345-1, 2° C. civ.). La rupture du lien de filiation est alors unilatérale puisqu'elle se fait à l'égard d'un seul parent, ce dernier étant uniquement sanctionné. Le retrait de l'autorité parentale porte sur le droit d'autorité lui-même et ne rend l'enfant adoptable que dans certaines situations.

⁹ La Cour européenne des Droits de l'Homme estime que la déchéance du droit d'autorité parentale n'implique pas nécessairement l'adoption de l'enfant, celle-ci ne devant intervenir que dans des circonstances exceptionnelles (Cour EDH, *Pontes c/ Portugal* précité, § 99-100).

¹⁰ En ce sens : DINI (M.), MEUNIER (M.), *Rapport d'information n° 655* précité, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 81-82.

a pour seul objet de rendre l'enfant adoptable. Dans le Code civil, elle est traitée comme « *un préalable à l'adoption lorsque les parents, vivants et titulaires de l'autorité parentale, n'ont pas consenti à celle-ci tout en s'étant désintéressés de leur enfant* »¹. L'article 347, 3° du Code civil précise en outre que peuvent être adoptés les enfants « *déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350* » du même Code. Sur ce point, la Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé que l'Etat français n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait la déclaration judiciaire d'abandon et le prononcé de son adoption². La juridiction européenne a considéré « *que les autorités locales ont pu estimer qu'il était déraisonnable, du point de vue de l'intérêt de la mineure, de conserver plus longtemps la situation d'abandon et de prise en charge provisoire* »³. L'exercice sanctionné de l'autorité parentale se caractérise donc par la rupture potentielle des liens entre l'enfant et sa famille d'origine. Elle implique une disparition des prérogatives parentales sur le mineur⁴ tant avec le retrait de l'autorité (A) qu'avec la déclaration judiciaire d'abandon (B).

A/ Le retrait de l'autorité parentale

254. Evolution du retrait de l'autorité parentale. – Dans la loi du 24 juillet 1889, la déchéance de l'autorité parentale est une peine rigoureuse dans ses effets. Elle est automatique et totale en raison de la gravité du comportement fautif des parents. Le législateur a ensuite œuvré pour atténuer cette rigueur avec la possibilité d'une déchéance partielle dans la loi du 15 novembre 1921. La loi du 4 juin 1970⁵ a insisté sur la portée protectrice de cette mesure⁶. C'est la loi du 5 juillet 1996⁷ qui a concrétisé cette évolution en remplaçant le terme de « déchéance », « *jugée infâmante pour les parents, préjudiciable à l'enfant marqué par la faute parentale* »⁸, par celui de retrait dans le Code civil. Le changement de terminologie n'a cependant pas suffi à modifier la philosophie du dispositif. Il peut toujours être perçu comme un moyen de sanctionner

¹ SALVAGE-GEREST (P.), « Adoption plénière », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.200.

² Cour EDH, 26 septembre 2013, *Zambotto Perrin c/ France*, req. n° 4962/11, § 106 et 110.

³ Cour EDH, *Zambotto Perrin c/ France* précité, § 110. En outre, le processus décisionnel, pris dans son ensemble, a permis à la requérante d'exercer un rôle suffisant pour faire valoir la défense de ses intérêts, présenter ses arguments et avoir accès aux informations sur lesquelles les autorités françaises se sont fondées pour prendre les mesures litigieuses. Des mesures ont donc été prises pour préserver le lien familial entre la mère et l'enfant ainsi que pour en favoriser le développement, avant d'envisager une rupture de ce lien (Cour EDH, *Zambotto Perrin c/ France* précité, § 105 ; *contra.* : Cour EDH, 21 janvier 2014, *Zhou c/ Italie*, req. n° 33773/11, § 61).

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 843.

⁵ L. n° 70-459 précitée.

⁶ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 1263.

⁷ L. n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JO*, 6 juillet 1996, p. 10208.

⁸ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1023.

l'exercice de l'autorité parentale¹. Cela suppose donc de s'interroger sur la nature du retrait de l'autorité parentale, « *mesure ultime au sein du dispositif de protection de l'enfant* »² (1). Dans le même sens, « *la déchéance, qui évoquait autrefois une sanction implacable tant dans ses effets que dans sa durée est devenue une sanction mitigée* »³. Elle ne concerne pas nécessairement tous les enfants d'une même fratrie. Son domaine peut être limité (2) ainsi que ses conséquences à l'égard des droits retirés aux père et mère (3).

1/ La finalité du retrait de l'autorité parentale

255. La sanction des fautes commises par les parents et la protection du mineur victime de sa famille. – Le retrait de l'autorité parentale intervient à la suite de graves fautes commises par les parents dans l'exercice de leur autorité. Ces actes font de l'enfant une victime directe de sa famille, en cas de mauvais traitements, d'un défaut de soins ou d'un délaissement, ou une victime indirecte de sa famille, si l'un des parents commet un crime contre l'autre⁴. L'exercice de l'autorité parentale est dès lors sanctionné par la perte de la titularité du droit d'autorité, ce qui peut aboutir à un éclatement de la cellule familiale. A cet égard, « *il s'agit d'une sanction ambiguë et d'un terrible aveu d'échec car son prononcé retire des relations que le législateur veut précisément favoriser* »⁵. De plus, le retrait a moins pour objet « *de punir des parents coupables de négligence ou d'abus, que de protéger l'enfant et de servir son intérêt* »⁶. En d'autres termes, la raison d'être du retrait de l'autorité parentale serait la protection de l'enfant et non la sanction⁷ ou la stigmatisation⁸ des parents, « *même si la culpabilité parentale est*

¹ En ce sens : BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 590.

² NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 93.

³ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 479.

⁴ L'article 378 du Code civil organise le retrait de l'autorité parentale, par une juridiction pénale, lorsque les père et mère ont été condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou 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. L'article 378-1 du Code civil précise que peuvent se voir retirer leur autorité, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de 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, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Cette même disposition prévoit ensuite que les parents peuvent se voir retirer leur autorité lorsque une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, et qu'ils se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 du Code civil pendant plus de deux ans. Les juridictions pénales et civiles devront donc caractériser ces différents comportements afin de prononcer un retrait de l'autorité parentale (*supra*. § 109 et 110).

⁵ MURAT (P.), précité, *in* JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.

⁶ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 467.

⁷ GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.11 ; MURAT (P.), précité, *in* JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.

⁸ BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 590.

manifeste à l'étude des cas et des effets du retrait »¹. Cette position a été adoptée par la Cour de cassation dans une espèce où elle a considéré que le retrait prononcé à l'encontre de parents ne constitue pas une sanction mais une mesure de protection de l'enfant². La mère démente et dangereuse avait rendu le mineur infirme à la suite de mauvais traitements. L'irresponsabilité du parent n'interdit pas une mesure de retrait. L'état psychique des père et mère, résultant de troubles obsessionnels, d'une maladie mentale ou de troubles de la personnalité, ne fait pas obstacle au retrait de l'autorité parentale dès lors que leur comportement a des conséquences dangereuses pour le mineur³. De même, la Cour de cassation a considéré que l'article 378 du Code civil, qui permet à une juridiction pénale de prononcer un retrait de l'autorité parentale, « *institue non pas une peine accessoire frappant le condamné mais une mesure de protection de ses enfants d'ordre purement civil* »⁴. L'aspect subjectif et sanctionnateur du retrait de l'autorité parentale n'est toutefois pas absent. Cette mesure est souvent motivée par le comportement des père et mère envers l'enfant. En effet, le retrait de l'autorité parentale « *reste conditionné à la démonstration d'un comportement illicite alors même que la jurisprudence le qualifie de mesure de protection* »⁵.

256. L'opportunité de la mesure quant à l'intérêt supérieur de l'enfant. – Le fait que le retrait de l'autorité parentale soit davantage une mesure de protection qu'une sanction de l'exercice de l'autorité des père et mère est également illustrée par le caractère facultatif du retrait⁶. Les juridictions ne sont pas tenues de prononcer un retrait de l'autorité. L'application de cette mesure dépend de « *l'examen préalable de son opportunité au regard de l'intérêt de l'enfant, indépendamment de la gravité du comportement parental* »⁷. A l'inverse, un retrait prononcé systématiquement et de manière absolue, sans aucun contrôle des tribunaux et sans aucune considération de l'intérêt du mineur, constitue un « *blâme moral ayant comme finalité la punition* » du parent et « *non pas une mesure de protection de l'enfant* »⁸. C'est pourquoi « *peu*

¹ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1023.

² Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 1982, *Bull. civ. I*, n° 125. Voir également : Cass. crim., 9 novembre 1994, n° 94-80.691. En ce sens : CA Angers, 13 avril 1999, *Jurisdata* n° 1999-108791 – CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108.

³ Par exemple : CA Douai, 14 février 2007, *Jurisdata* n° 2007-335795 (tentative de suicide de la mère avec son enfant après avoir agressé celui-ci sexuellement).

⁴ Cass. crim., 4 janvier 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 10 – Cass. crim., 14 octobre 1992, *Bull. crim.*, 1992, n° 322 – Cass. crim., 23 septembre 2008, *Bull. crim.*, n° 195.

⁵ DESNOYER (C.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2001, § 5.

⁶ Cass. crim., 9 novembre 1994, n° 94-80.691.

⁷ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 477 ; BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 590.

⁸ Cour EDH, 28 septembre 2004, *Sabou et Pircalab c/Roumanie*, req. n° 47457/99, § 48 (l'automatisme du retrait de l'autorité parentale par l'effet de la loi a été jugée contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales).

importe la gravité en soi du comportement qui fonde la demande ; tout dépend de la menace que ce comportement fait peser sur l'enfant »¹. Les juridictions doivent donc se prononcer en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant². Cette analyse est particulièrement vraie lorsque le retrait est prononcé par une juridiction répressive. Le tribunal correctionnel ou la cour d'assises conservent leur pouvoir d'appréciation souverain quant à l'opportunité de cette mesure³.

257. L'opportunité du retrait prononcée par la juridiction pénale. – La juridiction pénale, si elle n'est pas nécessairement tenue de prononcer un retrait de l'autorité parentale en application de l'article 378 du Code civil, est obligée de statuer sur cette question quand les père et mère ont commis une infraction sexuelle sur leurs enfants. Cette obligation résulte de la loi du 12 décembre 2005⁴, qui a ajouté deux articles au Code pénal. Les articles 222-31-1 et 227-28-2 du Code pénal, aujourd'hui abrogés, prévoyaient que le juge pénal devait automatiquement se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale lorsque des faits de viol, d'agression sexuelle ou d'autres atteintes sexuelles avaient été commis contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale. Depuis la loi du 5 août 2013⁵, l'obligation pour le juge de se prononcer sur le retrait est inscrite aux articles 222-31-2, pour les faits de viol et d'agression sexuelle, et 227-27-3 du Code pénal, pour les autres atteintes sexuelles, dès lors que ces infractions ont été commises sur le mineur victime par un ascendant titulaire de l'autorité parentale⁶. A l'origine, l'obligation faite à la juridiction pénale de jugement ne concernait donc

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.11.

² CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108 – CA Nîmes, 12 février 2009, RG n° 08/00173.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 20.

⁴ L. n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO*, 13 décembre 2005, p. 19152, art. 31.

⁵ L. n° 2013-711 précitée, art. 6.

⁶ La loi du 8 février 2010 (L. n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO*, 9 février 2010, p. 2265, art. 1^{er}) a modifié la lettre de l'article 222-31-1 du Code pénal afin de définir la notion de viols et d'agressions sexuelles incestueux (*infra*. § 289 et s.). Le législateur a donc créé un nouvel article 222-31-2 du Code pénal qui reprenait l'obligation préalablement contenue à l'article 222-31-1, mais en l'élargissant au viol incestueux ou à l'agression sexuelle incestueuse. La qualification nouvelle d'inceste ne changeait cependant rien à la situation antérieurement régie par la loi du 12 décembre 2005 (L. n° 2005-1549 précitée), car il était nécessaire que le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse ait été commis par une personne titulaire de l'autorité parentale sur l'enfant. Cette loi du 8 février 2010 a également abrogé l'article 227-28-2 du Code pénal (L. n° 2010-121 précitée, art. 1^{er}). Après avoir défini la notion d'atteinte sexuelle incestueuse à l'article 227-27-2 du Code pénal, la loi a repris l'obligation contenue à l'article 227-28-2 à l'article 227-27-3 du même Code. Elle a étendu cette obligation aux atteintes sexuelles incestueuses, même si la situation régie sous l'empire de la loi de 2005 n'a pas été impactée en pratique. L'article 227-27-3 posait effectivement comme condition que l'atteinte sexuelle incestueuse ait été commise par une personne titulaire de l'autorité parentale. L'abrogation des articles 222-31-1 et 227-2-2 par le Conseil constitutionnel a néanmoins rendu nécessaire une réécriture de ces deux dispositions (Cons. const., 16 septembre 2011, *M. Claude N.* [Définition des délits et crimes incestueux], n° 2011-163 QPC – Cons. const., 17 février 2012, *M. Bruno L.* [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses], n° 2011-222 QPC). C'est ce qu'a réalisé la loi du 5 août 2013 (L. n° 2013-711 précitée). Ainsi, les articles 222-31-2 et 227-27-3 du Code pénal ne contiennent plus aucune référence au caractère incestueux des infractions sexuelles commises par une personne

que les infractions présentant un caractère sexuel. La loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes a néanmoins renforcé l'obligation faite à la juridiction pénale de se prononcer systématiquement sur une mesure de retrait de l'autorité parentale, dès lors que le père ou la mère est condamné pour un crime ou un délit prévu aux articles 221-1 à 221-5-4, 222-1 à 222-18-3, 222-22 à 222-33-1, et 222-33-2 à 222-33-2-1 du Code pénal, commis sur la personne de l'enfant ou de l'autre parent¹. Deux articles 221-5-5 et 222-48-2 ont été ajoutés au Code pénal, sans pour autant que les articles 222-31-2 et 227-27-3 du même Code ne soient abrogés. Cette loi étend ainsi l'obligation pour la juridiction pénale de jugement de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale. Elle concerne désormais des infractions n'ayant pas un caractère sexuel comme l'homicide volontaire, les violences volontaires ou le harcèlement moral. En outre, elles ne seraient pas nécessairement commises sur la personne de l'enfant. Pour autant, si le juge pénal doit se prononcer sur l'opportunité d'un retrait en application des articles 378 et 379-1 du Code civil, il n'est pas tenu de prononcer cette mesure.

Une cour d'assises a ainsi refusé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, de prononcer un retrait de l'autorité parentale pour une mère reconnue coupable de complicité de viol aggravé sur la personne de sa fille. Pour la juridiction, il ne paraissait « *pas opportun de prononcer cette mesure, ce qui aurait pour effet de priver cette adolescente de tout lien de droit avec sa mère à la différence de ses frères et sœurs et d'instituer ainsi, à son détriment, une situation spécifique au sein de la fratrie* »². La sanction pénale peut donc être dissociée de la sanction civile constituée par le retrait de l'autorité parentale. Cela participe à l'idée que cette mesure est moins une sanction qu'une forme de protection de l'enfant victime de sa famille. Par ailleurs, les juridictions doivent également statuer sur l'opportunité d'un retrait de l'autorité parentale à l'égard des frères et sœurs mineurs de la victime.

2/ Le domaine personnel du retrait de l'autorité parentale

258. Le domaine du retrait quant aux enfants. – A défaut d'autre détermination, le retrait de l'autorité parentale s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement³. La juridiction civile ou pénale peut toutefois décider que le retrait n'aura d'effet qu'à l'égard de

titulaire de l'autorité parentale. Paradoxalement, l'article 222-31-2 du Code pénal se situe toujours dans un paragraphe 3 intitulé « *de l'inceste commis sur les mineurs* » dans la section 3 « *des agressions sexuelles* » d'un chapitre II du Code pénal. Il aurait donc été opportun, pour le législateur, de modifier l'organisation de cette section troisième, sauf à considérer que l'article 222-31-3 met implicitement en exergue l'inceste commis par une personne titulaire de l'autorité parentale.

¹ L. n° 2014-873 précitée, art. 34.

² Cass. crim., 9 novembre 1994, n° 94-80.691. Voir également : CA Paris, 29 juin 2007, Jurisdata n° 2007-339517.

³ Art. 379, al. 1^{er} *in fine* C. civ.

certaines des enfants déjà nés¹, la rigueur de la sanction de l'exercice de l'autorité étant alors considérablement atténuée en raison du caractère divisible de la mesure à l'égard des enfants². C'est à la juridiction saisie d'apprécier si certains enfants peuvent être laissés sous l'autorité de leurs parents, ce qui pourra être notamment le cas en fonction de l'âge des mineurs ou de l'attitude des père et mère à leur égard. Le ministère public, présent à l'audience³, pourra cependant saisir le juge des enfants afin que des mesures d'assistance éducative soient ordonnées⁴. Les alinéas deuxièmes des articles 222-31-2 et 227-27-3 du Code pénal rappellent que la juridiction pénale peut « *statuer sur le retrait de cette autorité en ce qu'elle concerne les frères et sœurs mineurs de la victime* »⁵. Une cour d'appel, pour retirer l'autorité parentale d'un père à l'égard de tous les enfants de la fratrie, a ainsi pris en compte le fait que ce parent, en état de récidive légale, n'a pas hésité, après avoir exécuté une peine, qui se voulait dissuasive, pour des faits de même nature commis sur sa fille, à immédiatement réitérer dès sa sortie de prison des attouchements sexuels sur cet enfant, c'est-à-dire une agression sexuelle sur mineur de quinze ans par ascendant ou personne ayant autorité⁶.

Le retrait de l'autorité parentale ne pourra être prononcé qu'à l'égard d'enfants déjà nés au jour du jugement. Cette exigence ressort des articles 379 et 379-1 du Code civil. Par conséquent, cette mesure ne peut être appliquée à l'égard d'un enfant simplement conçu et non encore né, puisque l'existence du droit d'autorité dépend de l'établissement préalable du lien de filiation. En effet, c'est à la naissance du mineur que les parents se trouvent investis d'un rôle protecteur envers leur enfant⁷. Le retrait n'intervient que « *pour sanctionner un exercice condamnable effectif et non hypothétique de l'autorité parentale* »⁸. Pour Madame Adeline GOUTTENOIRE, « *la prise en compte de la date à laquelle le jugement est prononcé et non de la date à laquelle les faits reprochés se sont produits est en accord avec la nature protectrice et non sanctionnatrice du retrait de l'autorité parentale* »⁹. Le juge doit apprécier si le retrait sollicité est nécessaire au jour

¹ Art. 379-1 C. civ.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 480.

³ Pour le retrait prononcé par le tribunal de grande instance : art. 1208, al. 2nd C. pr. civ.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 846.

⁵ Les articles 221-5-5 et 222-48-2 du Code pénal ne comportent pas cette précision.

⁶ CA Paris, 6 février 2009, Jurisdata n° 2009-375586.

⁷ L'autorité parentale ne prend effet qu'à compter de la naissance de l'enfant (TGI Lille, JAF, 13 février 1998, *D.*, 1999, jurispr., p. 177, note LABBÉE (X.)). Avant, les dispositions relatives à l'autorité parentale ne s'applique pas. Il n'existe aucun droit ni devoir des parents envers l'embryon (TGI Rennes, 30 juin 1993, Jurisdata n° 1993-605679 ; *JCP G.*, 1994, II, 22250, note NEIRINCK (C.)). En outre, l'enfant à naître n'est créancier d'aucune obligation alimentaire, même à titre conservatoire (TGI Lille, JAF, 6 décembre 2012, Jurisdata n° 2012-032831, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 39, note LABBÉE (X.)). Celle-ci dépend de l'établissement du lien de filiation (Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, *Bull. civ.* I, n° 135).

⁸ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 12.

⁹ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.13.

où il statue¹. Autrement dit, il devra déterminer si la mesure de protection est apte à protéger l'enfant. En théorie cependant, rien n'interdit que l'autorité parentale sur l'enfant soit retirée aux père et mère dès la naissance du mineur, en particulier si les autres enfants de la fratrie ont eux-mêmes fait l'objet d'une telle mesure². Il est possible que les parents mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant dès sa venue au monde³. A sa naissance, le mineur serait ainsi confronté à un danger manifeste et immédiat pour sa personne, ce qui ferait présumer l'existence d'une cellule familiale fortement pathogène pour l'enfant et justifierait la mesure de retrait de l'autorité. Madame Dominique FENOUILLET considère que pour les enfants conçus mais non encore nés⁴, l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* impose de les assimiler aux enfants nés. Elle estime que « le laps de temps séparant le prononcé du retrait de la naissance de l'enfant étant trop court pour que l'on puisse refaire automatiquement confiance aux parents »⁵. En ce sens, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter une mère de sa demande de retrait de l'autorité parentale du père de son enfant, fondée sur l'existence d'une condamnation pénale, retient qu'il n'est pas établi que les faits à l'origine de la condamnation du père aient mis manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant, qui n'était pas encore né lorsqu'ils ont été commis⁶. Cela montre qu'*a fortiori* le comportement antérieur d'un parent pourrait justifier un retrait de l'autorité parentale à la naissance de l'enfant.

259. Le domaine du retrait quant aux ascendants. – Les père et mère, en tant que titulaires de l'autorité parentale, sont les ascendants principalement visés par le retrait total ou partiel de l'autorité parentale. Les 378 et 378-1 du Code civil font des parents les destinataires privilégiés de cette mesure dès lors que le lien de filiation est établi à leur égard. C'est la raison pour laquelle des parents adoptifs peuvent faire l'objet d'une décision de retrait⁷. La seule condition pour qu'une mesure de retrait soit prononcée contre des père et mère est qu'ils détiennent la qualité de titulaire de l'autorité parentale, peu importe qu'ils en aient ou non l'exercice⁸. Cette qualité est en outre rappelée par les articles 222-31-2 et 227-27-3 du Code

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 64.

² Sur ce point : LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 274.

³ Art. 378-1, al. 1^{er} C. civ.

⁴ *A contrario*, l'auteur estime que les parents pourront exercer l'autorité sur les enfants non encore conçus au jour du jugement (FENOUILLET (D.), *Droit de la famille*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 624).

⁵ FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 624.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 64.

⁷ CA Paris, 8 octobre 1992, *Jurisdata* n° 1992-022476.

⁸ Cass. crim., 21 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 333.

pénal¹. Pour autant, les ascendants, autres que les père et mère détenteurs exclusifs du droit d'autorité, peuvent-ils faire l'objet d'un retrait de l'autorité parentale ? La réponse à cette question est affirmative. L'article 378, alinéa second du Code civil pose effectivement une règle « *surprenante* »². Le retrait de l'autorité parentale est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants. A l'inverse, l'article 378-1 du Code civil ne contient aucune disposition sur ce point. Si pour l'application de l'alinéa deuxième de cette disposition, il semble évident que seuls les père et mère puissent être concernés par cette forme de retrait³, il en va différemment pour l'alinéa premier. En effet, celui-ci vise des comportements manifestement dangereux dont la généralité permet de penser qu'ils peuvent être reprochés aux ascendants de l'enfant, autres que ses père et mère, même si cela sera rare en pratique⁴. Pour Madame Claire NEIRINCK, les ascendants pourraient faire l'objet d'une décision de retrait tant civile que pénale, mais à condition qu'une part d'autorité sur l'enfant leur soit reconnue. Elle ajoute que la lettre de l'article 1204 du Code de procédure civile conforte cette idée. Ce texte énonce que la demande de retrait doit être « *notifiée par le greffier à l'ascendant contre lequel l'action est exercée* ». Elle ne distingue pas selon que l'action est exercée devant une juridiction civile ou pénale⁵.

En principe, les grands-parents⁶ n'ont aucune autorité parentale sur leurs petits-enfants. Ils ne deviennent jamais titulaires de cette autorité et n'ont pas vocation à détenir cette qualité. C'est pour cela que le Code civil vise « *la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants* » à l'alinéa second de l'article 378. Cette formule se comprend par référence aux différentes situations où les grands-parents disposent de prérogatives plus ou moins importantes sur le mineur⁷. C'est par exemple le cas lorsque les aïeux ont accueilli l'enfant en qualité de tiers

¹ Les articles 221-5-5 et 222-48-2 du Code pénal visent les parents sans préciser qu'ils doivent être titulaires de l'autorité parentale.

² LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

³ Selon cette disposition, les parents peuvent se voir retirer leur autorité, lorsque une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, et qu'ils se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 du Code civil pendant plus de deux ans. L'alinéa deuxième ne peut donc pas s'appliquer aux ascendants autres que les parents, ce d'autant plus que l'alinéa premier de cet article 375-7 énonce que « *les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure* ». Par conséquent, seuls les père et mère sont visés par cette forme de retrait (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 9).

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 9.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 9.

⁶ Les grands-parents ne sont pas les seuls visés par l'éventualité d'un retrait de la part d'autorité qui leur revient. L'allongement de la durée de vie permet de penser que des arrières grands-parents pourraient également faire l'objet d'une telle mesure.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 10 ; LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

digne de confiance en assistance éducative¹, après la séparation des parents², suite à une délégation volontaire ou forcée de l'autorité parentale³, ou enfin dans le cadre de la tutelle. L'utilité d'un retrait de la part d'autorité qui revient aux ascendants dans ces situations suscite cependant des questionnements. Ces mesures sont révisables dans l'intérêt de l'enfant⁴. Cela signifie que si les grands-parents ne sont plus aptes à remplir la mission d'éducation qui leur a été confiée ou s'ils mettent en danger ou délaissent le mineur, le juge pourra décider de confier l'enfant à une autre personne. En réalité, le retrait, qui sera prononcé à leur encontre, présente un intérêt certain en raison de la rigueur de ses conséquences. Certes les aïeux ne perdent pas un droit qu'ils ne possèdent pas, mais ils subissent les autres conséquences du retrait⁵. Ils sont ainsi privés du droit de réclamer des aliments contre leurs petits-enfants⁶. Ils ne peuvent également plus prétendre à exercer un droit de visite et d'hébergement⁷. En outre, ils ne pourront pas exercer les charges de la tutelle, étant donné que le troisième alinéa de l'article 395 du Code civil interdit aux personnes à qui l'autorité parentale a été retirée d'exercer de telles charges. Le retrait de la part d'autorité qui revient aux aïeux permet de mettre en œuvre un contrôle drastique des pouvoirs conférés aux grands-parents, en particulier dans des situations graves où ils ont été condamnés pour une infraction commise sur la personne de leurs petits-enfants⁸. Cette mesure peut même être étendue aux frères et sœurs de l'enfant victime de ses grands-parents⁹.

3/ Les conséquences limitées du retrait de l'autorité parentale

260. Les effets : retrait partiel ou total de l'autorité parentale. – Le retrait de l'autorité parentale entraîne la perte des attributs de l'autorité parentale ou de certains d'entre eux pour le parent. Les conséquences du retrait sont variables. Elles répondent au besoin de protection de

¹ Art. 375-3, 2° C. civ.

² Art. 373-3, al. 2 C. civ.

³ Art. 377, al. 1^{er} et 2 C. civ.

⁴ LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 10 ; LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

⁶ Art. 379, al. 2nd C. civ.

⁷ Art. 371-4 C. civ. Ce texte énonce que « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ». Pour Madame Claire NEIRINCK, le retrait de l'autorité parentale appliqué aux grands-parents permet d'écarter leurs prétentions sans avoir à démontrer que les relations entre l'enfant et ses aïeux sont contraires à son intérêt (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 10).

⁸ LEROYER (A.-M.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.

⁹ BERNIGAUD (S.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 123.

l'enfant, ce qui permet d'adapter la réponse publique aux particularités de chaque famille. Cette mesure a donc une portée relative ou absolue selon que le retrait est total ou partiel.

261. Le principe : le retrait total de l'autorité. – Le retrait total de l'autorité parentale a des « *conséquences radicales* », qu'un auteur qualifie de mort civile pour les père et mère¹. Dans cette situation, la mesure « *porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale* »². Les père et mère frappés d'un retrait de l'autorité parentale sont destitués « *de tous les droits qui la compose ainsi que des prérogatives exceptionnelles qui y sont rattachées* »³. Il s'agit d'une « *mesure coercitive absolue de l'autorité parentale* »⁴. Elle porte non seulement sur l'exercice du droit d'autorité mais aussi sur la titularité de ce droit⁵. Le retrait entraîne la perte des droits et devoirs de protection et d'éducation de l'enfant, du droit de consentir au mariage ou à l'émancipation, de l'administration légale et de la jouissance légale, et des différentes charges de la tutelle. Le parent perd également le droit de consentir à l'adoption. Le mineur pour lequel le retrait a été prononcé peut ainsi faire l'objet d'une adoption plénière. Au demeurant, le retrait n'affecte que le droit d'autorité parentale. Le lien de filiation n'est pas immédiatement impacté par la mesure même si l'enfant peut ensuite être adopté.

Conséquence de la survivance du lien de filiation, le retrait n'a pas d'incidence sur le nom de famille du mineur. C'est un élément d'identification des personnes qui se transmet par la filiation⁶. Il est toutefois possible que l'enfant, victime du comportement de l'un de ses parents, ne souhaite pas porter et transmettre le nom du parent dont le droit d'autorité a été retiré. Un changement de nom peut dès lors être demandé⁷ si le mineur justifie d'un intérêt légitime⁸. Le Conseil d'Etat a estimé qu'en raison de la perte totale de son autorité, un parent ne pouvait pas donner son accord au changement de nom ou formuler des observations. Le retrait n'imposait pas non plus de lui notifier la demande en changement de nom. En outre, la Haute juridiction administrative a considéré, eu égard à la gravité des agissements pour lesquels ce parent a été condamné et aux conséquences qui en résultent pour l'enfant, que celui-ci n'était pas fondé à

¹ ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 1333.

² Art. 379, al. 1^{er} C. civ.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 70.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 69.

⁵ A cet égard, le parent déchu de son droit d'autorité n'est plus responsable civilement du fait de son enfant mineur sur le fondement de l'article 1384, alinéa quatrième du Code civil (Cass. civ. 2^{ème}., 25 janvier 1995, *Bull. civ.* II, n° 29).

⁶ MALAURIE (P.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014, § 121.

⁷ Exemple : CA Besançon, 12 juillet 1993, Jurisdata n° 1993-046761.

⁸ Art. 61, al. 1^{er} C. civ.

soutenir que la mineure ne disposait ni d'un intérêt légitime à changer de nom ni que la mesure n'était pas conforme à son intérêt supérieur¹.

En l'absence d'adoption plénière du mineur, les droits de succession demeurent, sauf les cas d'indignité prévus à l'article 727 du Code civil. L'obligation alimentaire des parents ne disparaît pas avec le retrait de l'autorité parentale². Le second alinéa de l'article 379 du Code civil précise que le retrait total de l'autorité parentale « emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait ». En d'autres termes, l'obligation alimentaire est maintenue, mais elle perd son caractère de réciprocité. Cette disposition propre au retrait de l'autorité est une mise en œuvre spécifique des règles relatives à l'obligation alimentaire, qui organisent la perte du droit de réclamer des aliments³. L'article 207 du Code civil dispense exceptionnellement le débiteur de tout ou partie de la dette alimentaire lorsque le créancier a gravement manqué à ses obligations à son égard. Or, « le plus souvent, les comportements qui justifient le retrait d'autorité établissent que les parents ont gravement manqué aux devoirs attachés à leur fonction parentale »⁴. Cette dispense de l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant permet de le protéger contre de futures réclamations parentales. La cour d'appel de Reims évoque ainsi la nécessité de protéger juridiquement les mineurs d'une action en subsides des parents⁵. Dans le même sens, la cour d'appel de Bordeaux considère que la mère, à qui l'exercice de l'autorité parentale a été confiée par le jugement de divorce, conserve la possibilité de faire prononcer la déchéance des droits d'autorité parentale du père, afin d'éviter que celui-ci ne risque ultérieurement de demander des aliments à ses enfants devenus majeurs⁶. Cette position jurisprudentielle avait été précédemment évoquée par la cour d'appel de Paris, laquelle estime que le retrait de l'autorité assure une protection qui va au-delà de celle que la juridiction du divorce serait susceptible d'apporter aux

¹ CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 4 décembre 2009, *M. Parent*, n° 309004.

² Le maintien de l'obligation alimentaire pose également la question du devoir d'entretien des parents. Ce devoir des parents dépend uniquement du lien de filiation (Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 135). Pour Madame Claire NEIRINCK, les parents frappés d'un retrait ne sont pas, en théorie, déchargés de l'obligation d'entretien (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 72). Cet auteur estime que si la loi du 4 juin 1970 (L. n° 70-459 précitée) n'a pas repris les dispositions de la loi du 24 juillet 1889, qui prévoyait que le tribunal, en prononçant la déchéance, fixait la part contributive du parent à l'entretien de l'enfant, une telle disposition demeure possible (CA Nîmes, 10 janvier 1985, *Jurisdata* n° 1985-030228 – CA Aix-en-Provence, 21 mai 1987, *Jurisdata* n° 1987-043401). Madame Dominique FENOUILLET et Monsieur François TERRE estiment au contraire que le devoir d'entretien disparaît en raison du silence du droit en la matière, ce qui tranche avec l'affirmation explicite du maintien du devoir d'entretien malgré les atteintes portées à l'autorité parentale, en cas d'assistance éducative (art. 375-8 C. civ.) et, surtout, en cas de délégation d'autorité (art. 377-2, al. 2nd C. civ.) (TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1026, note 1).

³ En ce sens : REBOURG (M.), « Régime juridique de l'obligation alimentaire », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 312.22.

⁴ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1026.

⁵ CA Reims, 22 février 1991, *Jurisdata* n° 1991-042628.

⁶ CA Bordeaux, 20 février 1992, *Jurisdata* n° 1992-040741.

mineurs, cette mesure ne laissant pas subsister la vocation à certains droits¹, notamment alimentaires.

Le maintien du lien de filiation entre l'enfant et ses auteurs pourrait justifier, au profit de l'ascendant déchu de son autorité, la reconnaissance d'un droit de visite et de correspondance. Ce droit, « *traduction du droit aux relations personnelles avec l'enfant* », est une conséquence de la parenté même s'il peut également être accordé à des tiers à la famille². En théorie, le retrait de l'autorité parentale ne fait pas obstacle à l'aménagement d'un droit de visite et de correspondance au profit du parent dont le droit d'autorité a été retiré. En pratique, il ne paraît pas souhaitable d'accorder un tel droit au père et mère. Le parent peut toujours représenter un danger pour le mineur³. Par exemple, nonobstant un traitement médical, le refus d'un droit de visite peut être refusé à un père en considération de l'intérêt supérieur de ses enfants, très insécurisés à l'idée de le revoir⁴. Enfin, la juridiction peut se fonder sur le retrait de l'autorité pour refuser ultérieurement un droit de visite au parent. C'est ce qu'illustre un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 9 janvier 1991⁵. Les magistrats du second degré ont refusé un droit de visite et d'hébergement au père déchu de son autorité sur ses deux enfants. Sa demande était guidée par un esprit de vengeance et de revendication, et non par l'intérêt des enfants avec lesquels il n'avait pas de contacts positifs et qui avaient peur de lui du fait de sa violence. Le père avait en outre menacé de les enlever.

262. L'exception : le retrait partiel de l'autorité. – L'article 379-1 du Code civil énonce que « *le jugement peut, au lieu du retrait total, se borner à prononcer un retrait partiel de l'autorité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie* ». La présentation de cette disposition permet de penser que le retrait partiel de l'autorité est une exception par rapport au retrait total, qui constitue le principe⁶. Les juridictions peuvent ainsi « *limiter la mesure à la prise en charge quotidienne de l'enfant, tout en laissant aux parents un minimum de droits* »⁷. Le retrait partiel présente l'avantage d'offrir à l'enfant une protection plus complète que celle proposée par la procédure d'assistance éducative. Elle peut en outre être mise en œuvre dans des situations où la

¹ CA Paris, 20 février 1990, Jurisdata n° 1990-020886.

² NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 75. Voir également : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.51.

³ CA Lyon, 15 mai 2001, Jurisdata n° 2001-157267.

⁴ CA Grenoble 13 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-045185 (dans cette espèce, les magistrats ont fondé leur raisonnement sur l'article 371-4 du Code civil pour refuser le droit de visite au père en estimant que le parent avait perdu son droit d'autorité).

⁵ CA Colmar, 9 janvier 1991, Jurisdata n° 1991-043575.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 76.

⁷ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 863.

délégation n'est pas possible parce que les parents s'intéressent à l'enfant, mais trop peu ou trop mal¹. Les parents perdraient alors leurs droits de garde, de surveillance ou d'éducation afin de protéger l'enfant contre des liens néfastes ou dangereux pour sa santé, sa sécurité, sa moralité ou pour son développement physique, affectif, intellectuel et social. La juridiction devra dès lors détailler précisément les droits qui sont maintenus au profit du parent frappé d'une mesure de retrait. En outre, sauf précisions contraires, les parents conserveraient les prérogatives exceptionnelles de l'autorité parentale, c'est-à-dire le droit de consentir à l'adoption, au mariage et à l'émancipation. A cet égard, « *il est important que les parents conservent le droit de consentir à l'adoption car le retrait de l'autorité parentale est souvent le prélude à la rupture du lien de filiation* »². Le droit aux relations personnelles du parent avec l'enfant sera aussi plus aisément mis en œuvre lorsque le retrait de l'autorité n'est que partiel. Un droit de visite et de correspondance pourra être accordé par la juridiction, qui en fixera les modalités, dès lors que le maintien des liens affectifs n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant³.

Dans l'hypothèse d'un retrait partiel de l'autorité, les enfants ne sont, en principe, pas dispensés de l'obligation alimentaire à l'égard de leurs ascendants. Selon l'alinéa second de l'article 379 du Code civil, la suppression de plein droit du caractère réciproque des aliments est une règle propre au retrait total de l'autorité parentale. Le silence de l'article 379-1 du Code civil signifie donc que l'obligation alimentaire conserve son caractère de réciprocité dans le cadre d'un retrait partiel, sauf décision contraire de la juridiction⁴. Il n'en demeure pas moins que l'application de l'article 207 du Code civil permet de dispenser indirectement l'enfant de son obligation alimentaire. Le grave manquement du parent créancier à l'égard de son enfant débiteur permet au juge de décharger ce dernier de tout ou partie de sa dette alimentaire. Or, il est fréquent que les comportements parentaux, autorisant un retrait de l'autorité parentale, démontrent que les père et mère ont manqué à leurs devoirs de parents⁵. Par exemple, une cour d'appel a partiellement exonéré de son obligation alimentaire la descendante dont le père a manqué gravement à ses obligations affectives, même s'il a toujours respecté son obligation alimentaire⁶. Dans cette espèce, les magistrats ont relevé, qu'après la séparation d'avec son épouse, le père a

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 863.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 863.

³ La juridiction appréciera souverainement l'opportunité de maintenir des relations entre le mineur et ses parents. Par exemple, la cour d'appel de Pau a refusé d'accorder un droit de visite et d'hébergement à un père, alcoolique, déchu partiellement de son autorité alors même qu'il a retrouvé du travail et un logement. Les juges ont considéré que ces éléments caractérisent un début de bonne volonté du père, mais que la situation est trop récente et précaire pour entraîner un rétablissement des droits du parent (CA Pau, 22 décembre 1988, Jurisdata n° 1988-049369).

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 78.

⁵ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 1026.

⁶ CA Rennes, 11 décembre 2000, Jurisdata n° 2000-136508.

fait preuve d'une certaine négligence envers sa fille, caractérisée par un manque d'affection et d'attention à son égard, leurs relations se réduisant à cinq minutes lors de l'exercice de son droit de visite. Ces éléments auraient pu permettre la démonstration d'un délaissement parental, ce qui aurait inclus le mineur dans cette catégorie classique d'enfant victime de sa famille¹. De ce point de vue, il est possible pour le juge de dispenser l'enfant, dont les parents ont été frappés d'un retrait, de son obligation alimentaire.

Cette idée est renforcée par l'article L. 132-6, alinéa deuxième du Code de l'action sociale et des familles. Ce texte dispose que « *les enfants qui ont été retirés de leur milieu familial par décision judiciaire durant une période d'au moins trente-six mois cumulés au cours des douze premières années de leur vie sont, sous réserve d'une décision contraire du juge aux affaires familiales, dispensés de droit de fournir cette aide* » alimentaire. Cette disposition permet de dispenser automatiquement l'enfant victime de sa famille de son obligation alimentaire, mais à condition qu'il ait été placé hors de son milieu habituel durant une certaine durée². Cette règle peut s'appliquer aux mineurs protégés par un retrait de l'autorité parentale. Elle répond à des considérations éthiques. Il paraît injuste de demander à des enfants victimes de leurs familles de devoir justifier leurs demandes de dispense auprès du juge aux affaires familiales et de leur imposer de revivre des moments douloureux³. A l'occasion des travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007⁴, il avait été proposé de réduire la durée de retrait du milieu familial à vingt-quatre mois cumulés au lieu de trente-six mois, cette période devant s'apprécier au cours des seize premières années de la vie de l'enfant et non des douze premières⁵. Cette proposition n'a pas été consacrée par le texte définitivement adopté par le Parlement⁶. Cette extension de la dispense aurait permis la prise en compte de la gravité des carences éducatives des parents, ayant conduit à

¹ *Supra*. § 33 et s.

² L'admission au bénéfice de l'aide sociale est par nature subsidiaire. En effet, il existe une hiérarchie dans les formes de prise en charge et d'entretien des personnes, ce qui justifie que l'aide sociale intervienne en dernier rang (ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 31 ; BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2012, § 106). Ce principe de subsidiarité « implique que l'intéressé ne doit pas avoir de ressources suffisantes, et il ne doit pas pouvoir compter sur des personnes qui seraient ses obligés alimentaires. L'aide sociale ne saurait en principe intervenir qu'à défaut de tout autre forme de solidarité possible », particulièrement intrafamiliale (ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 31 ; EVERAERT-DUMONT (D.), « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », *RDSS*, 2008, p. 538 ; BERTHET (P.), « Solidarité *intra* familiale et action sociale », *AJfam.*, 2012, p. 186).

³ PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 66-67. Dans le même sens : LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 46.

⁴ L. n° 2007-293 précitée.

⁵ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 46 ; PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 67.

⁶ La référence au « signalement de l'aide sociale à l'enfance » a néanmoins été supprimée de l'alinéa deuxième de l'article L. 132-6 du Code de l'action sociale et des familles, afin de prendre en compte les signalements réalisés par le procureur de la République.

un placement supérieur à deux ans, et le traumatisme subi par les enfants, qu'il convient de dispenser de leur devoir de solidarité¹. Cette réduction du délai à deux ans aurait par ailleurs assuré une cohérence avec l'alinéa deuxième de l'article 378-1 du Code civil, qui autorise un retrait de l'autorité parentale lorsque les père et mère s'abstiennent volontairement d'exercer les droits que leur laisse l'article 375-7 du Code civil durant une période de deux ans².

263. L'aménagement de la protection de l'enfant : la suppléance des parents dans l'exercice de leur autorité. – Le retrait de l'autorité est une mesure grave en raison de sa portée symbolique et effective³. Il implique l'aménagement d'un nouveau système de protection de l'enfant, mais aussi de ses frères et sœurs si le retrait a été étendu à ces derniers. Le statut de l'enfant victime de sa famille est nécessairement modifié par le retrait, même si « *les modalités de ce système diffèrent selon qu'il reste ou non un parent en état d'exercer l'autorité parentale* »⁴.

264. L'existence d'un parent en mesure d'exercer l'autorité parentale. – Si un seul des parents s'est vu retirer son autorité et que l'autre demeure en état d'exercer ses prérogatives, la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale est réalisée conformément à l'article 373-1 du Code civil. Le parent privé de son droit d'autorité est suppléé par l'autre, qui exercera seul les droits et pouvoirs de l'autorité parentale. Cette situation ne pose pas de difficultés si un retrait total est prononcé. De manière incidente, le retrait total à l'égard d'un seul des père et mère peut conduire à l'adoption de l'enfant par le conjoint du parent qui a conservé l'exercice et la titularité du droit d'autorité⁵. L'enfant est alors traité comme un orphelin à l'égard du conjoint du parent non déchu de son autorité⁶. Cette adoption du mineur permet d'éviter une restitution du droit d'autorité au parent qui en a été privé, ce qui permet d'offrir à l'enfant une stabilité juridique et affective. Dans cette situation, le parent déchu de son autorité est suppléé par un tiers, qui devient le parent adoptif du mineur. L'article 345-1 du Code civil traduit toutefois une « *vision possessive et égoïste* »⁷ du mineur. Ce texte permet de protéger le nouveau couple contre la volonté du

¹ PECRESSE (V.), *Rapport n° 3256* précité, *Doc. AN.*, XII^{ème} législature, p. 67.

² La cohérence aurait aussi été assurée avec l'alinéa quatrième de l'article 375 du Code civil issu de la loi du 5 mars 2007 (L. n° 2007-293 précitée). Ce texte autorise le juge des enfants à déroger au principe de la durée maximale de la mesure lorsque l'enfant est confié à un service ou une institution. Le placement est alors prononcé pour une durée supérieure à deux ans.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 93.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 864.

⁵ Art. 345-1, 2° C. civ.

⁶ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 146.

⁷ POUSSON-PETIT (J.), « Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : l'adoption facilitée », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les filiations par greffe, Adoption et procréation médicalement assistée*, Paris : LGDJ, 1997, p. 117.

parent déchu de se voir restituer les droits qui lui avaient été retirés¹. Le choix du retrait de l'autorité parentale est ainsi dicté par un éventuel projet d'adoption² tandis que l'enfant victime de sa famille est privé de son parent par le sang³.

L'aménagement de la protection de l'enfant est plus complexe lorsqu'un retrait partiel a été décidé par la juridiction. Les prérogatives qui n'ont pas été retirées au parent demeurent partagées entre les père et mère. Il conservera probablement les prérogatives exceptionnelles de l'autorité parentale, ainsi que les attributs de cette autorité qui ne lui ont pas été retirés⁴. La juridiction peut toutefois s'opposer à cet effet automatique du retrait en application de l'alinéa second de l'article 380 du Code civil. Une des mesures de l'alinéa premier de cette disposition peut être adoptée, ce qui aura pour effet de confier l'enfant à un tiers si son intérêt l'exige. Il s'agira du service de l'ASE⁵ ou d'un autre tiers qui aura la charge de requérir l'organisation de la tutelle. Cette faculté exceptionnelle⁶ permet de protéger le mineur lorsque le père ou la mère non déchu est incapable de prendre en charge l'éducation de l'enfant, ou s'il lui est impossible de prendre le mineur chez lui, notamment parce qu'il ne s'en est jamais occupé. Cette mesure permet d'éviter que le mineur ne coure un danger en restant dans son foyer compte tenu de la promiscuité avec le parent déchu et du danger qui en résulterait⁷. La possibilité de déroger à la dévolution normale de l'autorité parentale est laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond quand il prononce un retrait à l'encontre d'un seul des père et mère. La solution est différente si les deux parents se voient retirer leur autorité.

¹ Art. 381 C. civ.

² En ce sens : CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108 – CA Nîmes, 12 février 2009, RG n° 08/00173.

³ Il est dès lors permis de penser que l'enfant appartient également à l'une des catégories modernes de mineurs victimes de leurs familles, car il devient un objet de possession (*infra*, § 376).

⁴ Madame Claire NEIRINCK estime que la rédaction actuelle de l'article 371-1 du Code civil ne permet pas de faire le choix d'un retrait partiel à l'égard d'un seul parent. Elle considère qu'il est impossible de gérer dans le détail l'enchevêtrement des droits d'autorité parentale conservés, supprimés ou partagés qui en résulte (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 85). En outre, il est permis de se demander si le parent non déchu de ses droits sera en mesure de protéger l'enfant contre l'autre parent, ce d'autant plus si les père et mère continuent à vivre ensemble. La promiscuité du mineur avec le parent dont l'autorité a été retirée est susceptible de créer une situation de danger pour l'enfant, sauf à ce que le ministère public présent à l'audience ne sollicite du juge des enfants des mesures d'assistance éducative.

⁵ Dans cette situation, l'enfant n'est pas admis comme pupille de l'Etat. L'article L. 224-4, 5° du Code de l'action sociale et des familles souligne que les parents doivent avoir fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du Code civil. Cela suppose que les deux parents doivent avoir été frappés d'un retrait total de leurs prérogatives. Ici, un parent conserve son droit d'autorité et l'exercice de ses prérogatives, ce qui empêche l'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat. Le service de l'ASE n'aura donc que la garde du mineur.

⁶ GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.63.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 84 ; GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.63.

265. L'absence de parents en mesure d'exercer l'autorité parentale. – En pratique, il se peut que les deux parents aient été privés de leur autorité par une mesure de retrait. Il est aussi possible qu'un seul des père et mère ait été déchu de son droit d'autorité, mais l'autre ayant perdu l'exercice de ses prérogatives, en application de l'article 373 du Code civil, il n'existe plus de parents en état d'exercer l'autorité parentale. La juridiction dispose, dans cette hypothèse, d'un choix entre deux systèmes de protection. L'article 380, alinéa premier du Code civil lui permet de confier l'enfant à un tiers, à charge pour lui de requérir l'organisation d'une tutelle¹, ou à un service départemental d'ASE. Si la loi l'oblige à statuer sur ce point, il appartient au tribunal d'apprécier souverainement l'opportunité de retenir un système de protection plutôt qu'un autre². Le mineur confié à l'ASE sera admis en qualité de pupille de l'Etat dès lors que ses deux parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du Code civil³. L'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat pris par le président du Conseil général peut être contesté par les membres de la famille de l'enfant, à l'exclusion des parents ayant fait l'objet du retrait, et *a fortiori* des grands-parents pour la part d'autorité qui leur revient. Cette faculté est également ouverte à toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant⁴, mais à condition qu'ils demandent à en assurer la charge⁵. L'arrêté départemental devra être notifié à ces personnes, si elles ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'ASE, afin qu'elles puissent contester l'acte administratif dans les trente jours à compter de la date de la réception de sa notification⁶. Le tribunal de grande instance pourra dès lors accueillir leur demande, s'il la juge conforme à l'intérêt de l'enfant, et prononcer l'annulation de l'arrêté⁷.

¹ Cette tutelle de droit commun peut être ouverte d'office par le juge des tutelles (art. 391 C. civ.). L'ouverture de la tutelle ne permet pas de déléguer l'exercice de l'autorité parentale au tuteur (CA Nancy, 31 janvier 1992, Jurisdata n° 1992-051431). Au demeurant, il existe une neutralité de principe de la tutelle du mineur sur l'exercice de l'autorité parentale (Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 323 – Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 246 – Cass. avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010).

² En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 235.62.

³ Art. L. 224-4, 5° C. act. soc. et fam. Cela signifie que si un parent est privé de l'exercice de son autorité, en application de l'article 373 du Code civil, tandis que l'autre est frappé d'une mesure de retrait conformément aux articles 378 et suivants du même Code, l'enfant n'est pas admis en qualité de pupille de l'Etat. Le service de l'ASE n'aura pour mission que d'orienter la vie quotidienne du mineur.

⁴ Cette possibilité permet de prendre en compte des situations où l'enfant a préalablement été confié à des personnes dignes de confiance, notamment en matière d'assistance éducative, voire si le mineur a été recueilli par un tiers qui sollicite la mesure de retrait et à qui le mineur n'a pas été confié dans l'attente de l'ouverture de la tutelle.

⁵ Art. L. 224-8, II, 1° et 2° et 4° C. act. soc. et fam.

⁶ Art. L. 224-8, III et IV C. act. soc. et fam.

⁷ Art. L. 224-8, V C. act. soc. et fam. Si elle accueille le recours, la juridiction civile confiera l'enfant au demandeur, à charge, le cas échéant, pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale. S'il rejette le recours, le tribunal de grande instance peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine.

L'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, suite à une mesure de retrait, le rend adoptable. Il est cependant nécessaire que les deux parents aient perdu leur droit d'autorité. L'adoption éventuelle du mineur offre la possibilité de donner à l'enfant une protection de remplacement. Autrement dit, sa famille biologique défaillante sera suppléée, mais encore faut-il que les père et mère ne demandent pas la restitution de leur droit d'autorité.

266. La restitution du droit d'autorité parentale aux père et mère. – Le retrait de l'autorité parentale présente un caractère temporaire. L'article 381 du Code civil organise les conditions dans lesquelles le droit d'autorité sera restitué aux père et mère. Il est tout d'abord nécessaire que le mineur n'ait pas été placé en vue de l'adoption avant le dépôt de la requête des père et mère¹. Ensuite, cette demande ne peut être introduite qu'un an au plus tôt après que le jugement prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale est devenu irrévocable². Enfin, les parents devront justifier de circonstances nouvelles. Cela signifie que le père ou la mère doit démontrer que « *la situation dans laquelle il se trouve actuellement lui permet d'assumer à nouveau ses fonctions* »³ : parent détenu sorti de prison qui paraît s'être amendé, parents qui élèvent correctement les enfants non concernés par une mesure de retrait, naissance d'un enfant⁴. La référence aux « *circonstances nouvelles* » correspond à un critère souple qui permet au juge d'apprécier souverainement une pluralité de situations de fait. Le tribunal de grande instance se fondera sur l'intérêt supérieur de l'enfant pour accorder ou non la restitution du droit d'autorité aux parents⁵, bien qu'il soit probable que l'enfant subisse encore les répercussions du comportement des père et mère au jour où ils formeront leur demande. Si la juridiction fait droit à la demande des parents, elle n'est pas obligée de restituer aux parents la totalité des droits qui leur avaient été retirés selon l'alinéa premier de l'article 381 du Code civil. La restitution peut n'être que partielle ou ne concerner que certains enfants de la fratrie. Le tribunal de grande instance peut décider de restituer aux parents les prérogatives extraordinaires de l'autorité parentale ou ordonner l'aménagement d'un droit de visite et d'hébergement, voire un droit de surveillance, avant de restituer complètement l'autorité aux père et mère. Si la restitution est totale, le parent est réinvesti dans la plénitude de son droit⁶. Il peut exercer tous les attributs de l'autorité parentale. La restitution des droits au parent déchu n'implique pas une confiance totale en ses

¹ Art. 381, al. 2 *in fine* C. civ. Le refus de restitution de l'autorité parentale n'est que la conséquence logique du placement en vue de l'adoption (art. 352 C. civ.).

² Art. 381, al. 2 C. civ. En cas de rejet, elle ne pourra être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 867.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 79.

⁵ CA Lyon, 15 mai 2001, Jurisdata n° 2001-157267.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010, § 81.

capacités éducatives. Il existe toujours une certaine défiance à son égard, ce d'autant plus que l'enfant pourrait à nouveau être victime de sa famille. C'est la raison pour laquelle le troisième alinéa de l'article 381 précise qu'en cas de restitution, le ministère public peut requérir des mesures d'assistance éducative. Cette possibilité pour les parents d'être réinvestis de la titularité de leurs prérogatives existe également lorsque le mineur a été déclaré judiciairement abandonné.

B/ La déclaration judiciaire d'abandon

267. La finalité de la déclaration judiciaire d'abandon. – Dès son origine, la déclaration judiciaire d'abandon est caractérisée par un constat : l'inconsistance des liens entre le mineur et ses auteurs qu'il convient de rompre, afin d'assurer la prise en charge optimale de l'enfant. En effet, il est possible que des parents ne soient pas en mesure d'exercer leurs responsabilités, en particulier parce qu'ils n'arrivent pas à extérioriser leur refus de l'enfant, sans pour autant accepter de renoncer à leurs droits sur le mineur, c'est-à-dire à consentir à l'adoption de celui-ci¹. Cette attitude traduit un rejet de l'enfant, qui est délaissé par sa famille. Concrètement, le mineur est dans une situation de fait de déshérence². La déclaration judiciaire d'abandon permet de traduire « *en termes juridiques la réalité concrète vécue par l'enfant délaissé par ses parents* »³. Elle se distingue du retrait de l'autorité parentale en ce qu'elle ne vise pas à sanctionner des parents maltraitants. Elle prend uniquement en compte le désintéret manifeste des parents, « *c'est-à-dire leur indifférence matérielle ou affective aux besoins fondamentaux de l'enfant* »⁴. Le système reposerait donc « *sur l'idée que les parents qui se désintéressent manifestement de leur enfant consentent implicitement à son adoption mais qu'il faut, pour garantir leurs droits, que la réalité de ce désintéret soit constatée par une décision judiciaire* »⁵. La finalité de l'abandon judiciaire de l'enfant est de rendre l'enfant adoptable en supprimant l'exigence du consentement à l'adoption des parents d'origine⁶. Il convient cependant d'admettre que cette mesure permet de sanctionner l'abandon implicite de l'enfant, afin que celui-ci puisse avoir des parents qui assumeront leurs responsabilités à son égard⁷. Elle repose sur les carences des parents biologiques qui sont sanctionnées par la déclaration de l'abandon judiciaire

¹ ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 1340 ; NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 147 ; NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, repère n° 4.

² ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 1340.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 872.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, repère n° 4.

⁵ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 939.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 147.

⁷ ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 1340 ; NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 135.

de l'enfant. C'est une solution énergique, qui permet de séparer définitivement l'enfant de sa famille par son placement en vue de l'adoption¹. Pour autant, la déclaration judiciaire d'abandon permet surtout de donner un statut à l'enfant oublié de ses auteurs². Le mineur peut effectivement être admis en qualité de pupille de l'Etat lorsqu'il a été recueilli par le service de l'ASE³. Ce statut plus stable et plus favorable permet d'assurer la protection du mineur même s'il ne fait pas l'objet d'un projet d'adoption⁴.

268. L'obligation de saisir le tribunal grande instance. – L'article 350 du Code civil impose au particulier, à l'établissement ou au service de l'ASE, qui a recueilli l'enfant, de saisir « *obligatoirement* » le tribunal de grande instance d'une demande en déclaration d'abandon, dès lors qu'il constate que les parents se sont manifestement désintéressés du mineur à l'expiration d'un délai d'un an. La lettre du texte fait obligation au tiers gardien de saisir la juridiction afin que l'abandon judiciaire de l'enfant soit prononcé. La proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture par l'Assemblée nationale, a repris le contenu de cette obligation au projet d'article 381-2 du Code civil⁵. La pratique est cependant différente car cette obligation n'est pas toujours respectée⁶. Le recueil de l'enfant par une personne physique ou morale est souvent la conséquence d'une décision judiciaire⁷. Il est alors probable que le tiers se réfère d'abord au magistrat qui a prononcé la mesure avant de saisir le tribunal de grande instance, pour que l'abandon judiciaire soit prononcé. En outre, les personnels de l'ASE, à qui l'enfant a été confié, sont réticents à saisir la juridiction civile. Leur action tend prioritairement à maintenir ou à créer des liens entre le mineur et sa famille et non à faire constater l'inexistence des relations familiales. L'ASE privilégierait les liens biologiques de l'enfant sur l'équilibre qu'il peut trouver dans une nouvelle famille apte à le prendre en charge⁸. Enfin, il n'est pas évident de déterminer le moment à compter duquel le désintérêt a commencé,

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 504.

² LE BOURSICOT (M.-C.), « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC*, 2010/69, n° 3747 ; SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.200.

³ Art. L. 224-4, 6° C. act. soc. et fam.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 133.

⁵ *Proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption*, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture, texte n° 881 « petite loi », *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, art. 1^{er}.

⁶ SALVAGE-GEREST (P.), « L'article 350, alinéa 1^{er} du Code civil, cinquième version », *Dr. famille*, 2005, alerte n° 61 ; SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.201.

⁷ Le recueil de l'enfant par le tiers est souvent réalisé en application d'une décision du juge des enfants, du juge aux affaires familiales ou du tribunal de grande instance. Pour autant, une situation de fait autorise l'abandon judiciaire de l'enfant. La Cour de cassation a effectivement jugé que l'abandon pouvait être déclaré dès lors que le mineur est abandonné en fait (Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1978, *Bull. civ. I*, n° 1 – Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 1978, *Bull. civ. I*, n° 392).

⁸ POISSON-DROCOURT (E.), « Une loi nouvelle sur l'adoption », *D.*, 2005, p. 2028.

ce d'autant plus que la notion de désintérêt manifeste est un concept flou à l'appréciation malaisée. Afin de remédier à ces difficultés, la « *petite loi* » sur l'enfance délaissée et l'adoption a élargi la possibilité de saisir le tribunal de grande instance d'une demande en déclaration judiciaire d'abandon au procureur de la République d'office ou, le cas échéant, sur proposition du juge des enfants¹. Cette proposition a été reprise dans le rapport du groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption »² et par les auteurs du rapport relatif à l'évaluation de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance³.

La juridicité de cette obligation est susceptible d'être remise en question en raison de l'absence de sanction véritable ou de contrainte mise en œuvre par l'autorité étatique⁴. En effet, l'obligation de saisir le tribunal de grande instance est dénuée de sanction, ce qui pose la question de la force contraignante de cette prescription⁵. L'article 350 du Code civil ne permet pas de condamner la réticence ou la négligence de celui qui a recueilli le mineur et qui ne prend pas l'initiative de la déclaration judiciaire d'abandon⁶. La cour administrative d'appel de Bordeaux a cependant condamné un département qui n'avait accompli aucune diligence pour faire admettre une enfant délaissée par ses parents, depuis sa naissance, en qualité de pupille de l'Etat. Or, toutes les conditions étaient réunies pour qu'elle bénéficie de ce statut. En d'autres termes, malgré la reconnaissance d'un désintérêt total dont ont fait preuve les parents à l'égard de la mineure, aucune démarche n'a été accomplie durant sa minorité, afin qu'elle soit admise en qualité de pupille de l'Etat, ou à tout le moins déclarée judiciairement abandonnée. La carence du service de l'ASE constitue, pour la juridiction administrative d'appel, une faute engageant la responsabilité du département. Cette passivité a effectivement privé l'enfant d'une chance sérieuse de bénéficier d'une adoption plénière⁷, même si le tribunal de grande instance dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer l'abandon judiciaire.

¹ Proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture, texte n° 881 « petite loi », Doc. AN, XIII^{ème} législature, art. 1^{er}.

² GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 69.

³ DINI (M.), MEUNIER (M.), Rapport d'information n° 655 précité, Doc. Sénat, 2013-2014, p. 79 et s., proposition 42.

⁴ En principe, « la règle de droit a pour objet une prescription dont elle assure le respect par la menace de la contrainte, laquelle se réalise sous la forme d'une sanction » (DESCOT (N.), « Les règles de droit civil non sanctionnées », *RRJ*, 2008-3, p. 1299 ; voir également : TERRE (F.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 45). La sanction étatique serait donc un critère de la norme juridique.

⁵ Le Doyen CARBONNIER a cependant estimé que « le caractère contraignant n'est certes pas un simple hasard dans l'évolution du droit ; il n'est pas néanmoins essentiel, au point d'être le signe de la juridicité » (CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2004, p. 319). A côté des techniques de l'impératif, il y aurait donc une place pour celles du persuasif qui continuent à animer les individus (CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2004, p. 319).

⁶ SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.201.

⁷ CAA Bordeaux, 7 mars 2011, n° 10BX00189.

269. L'opportunité de prononcer la déclaration judiciaire d'abandon. – En principe, le tribunal de grande instance est tenu de déclarer l'enfant judiciairement abandonné lorsqu'il constate le désintérêt manifeste des parents durant l'année qui précède l'introduction de la demande. Seule l'exception de « grande détresse », introduite à l'article 350 du Code civil en 1996¹, mais supprimée en 2005², permettait à la juridiction civile de ne pas déclarer l'enfant abandonné. La preuve de la « grande détresse », soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, devait être rapportée par les parents³. La suppression, en 2005, de cette exception de « grande détresse » avait pour objectif de favoriser la déclaration judiciaire d'abandon afin de donner aux enfants délaissés par leurs auteurs une meilleure chance d'adoption⁴. Dès lors, le droit positif impose au juge de prononcer l'abandon judiciaire du mineur volontairement délaissé. Il ne dispose pas de pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la mesure. D'une part, l'attitude des parents postérieure à l'introduction de la requête en déclaration est sans incidence⁵. D'autre part, si l'intérêt de l'enfant est insuffisant pour permettre l'abandon judiciaire de l'enfant en l'absence de désintérêt manifeste des père et mère⁶, ce critère ne devrait pas pouvoir justifier le rejet de la requête aux fins de déclaration d'abandon. La Cour de cassation a cependant admis, nonobstant la réunion des conditions de l'article 350 du Code civil, que l'intérêt supérieur du mineur est susceptible de faire obstacle à l'abandon judiciaire de l'enfant, alors même que la lettre du texte ne l'affirme pas expressément⁷. Cette solution prétorienne permet aux magistrats de prendre en compte l'intérêt de l'enfant à garder des liens avec sa famille d'origine, peu importe la qualité de ces liens, lorsque les parents ne sont pas totalement inexistant⁸. La sanction de l'exercice de l'autorité parentale par la déclaration judiciaire d'abandon ne présente donc pas un caractère absolu. Cela est d'autant plus vrai que « *l'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier* »⁹. Dans cette situation, il n'est pas opportun de déclarer l'enfant judiciairement abandonné puisque le

¹ L. n° 96-604 précitée, art. 8.

² L. n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, *JO*, 5 juillet 2005, p. 11072, art. 3.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 23 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 143.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 878.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} mars 1977, *RTD civ.*, 1977, p. 321, obs. RAYNAUD (P.) – Cass. civ. 1^{ère}., 15 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 329.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1992, *Bull. civ. I*, n° 230. Voir également : CA Nancy, 15 décembre 1997, *Jurisdata* n° 1997-049781.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 29 octobre 1979, *Bull. civ. I*, n° 265 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 5 – Cass. civ. 1^{ère}., 15 décembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 379 – Cass. civ. 1^{ère}., 20 novembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 315 – Cass. civ. 1^{ère}., 2 décembre 1997, n° 96-12.309. Voir également : CA Lyon, 27 février 1985, *Jurisdata* n° 1985-600766.

⁸ SALVAGE-GEREST (P.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.203.

⁹ Art. 350, al. 4 C. civ. L'expression « *membre de la famille* » ne peut désigner que les membres de la famille autres que les père et mère (Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 287).

mineur n'est pas réellement délaissé par sa famille¹. Il est toutefois nécessaire que le tiers gardien informe la famille avant de solliciter du tribunal de grande instance l'abandon judiciaire de l'enfant². Ce n'est qu'à cette condition qu'un membre de la famille pourra prendre en charge l'enfant et faire obstacle à la déclaration judiciaire d'abandon. Cette mesure est *a fortiori* exclue si le mineur est déjà pris en charge par un membre de la famille³. Cette règle stricte posée par la Cour de cassation empêche l'adoption du mineur par celui des membres de la famille qui l'a pris en charge. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être adopté par la personne qui l'a pris en charge plutôt que d'être laissé dans une situation juridique précaire, susceptible de cesser à tout moment si les auteurs du mineur décident d'exercer leurs droits. Madame Pascale SALVAGE-GEREST estime ainsi que « *la démarche du membre de la famille qui saisit le tribunal pour pouvoir adopter l'enfant n'est pas la même que celle du membre de la famille qui veut simplement éviter à celui-ci d'être confié à la collectivité* ». L'auteur ajoute qu'il vaudrait mieux « *apprécier au cas par cas l'opportunité d'une adoption intrafamiliale que de poser une règle de principe rigide et peu convaincante* »⁴, qui prive le mineur d'une chance d'être adopté. En outre, l'enfant n'est ici la victime que de ses parents alors que sa famille, ou du moins certains de ses membres, souhaitent le prendre en charge afin d'assurer durablement sa protection.

270. Les effets de la déclaration judiciaire d'abandon. – La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du Code civil rend l'enfant adoptable en ce qu'elle prive les père et mère de la titularité comme de l'exercice de l'autorité parentale⁵. Elle n'est toutefois pas impérativement liée à un projet d'adoption du mineur⁶. Son principal effet est d'investir le tiers qui a la charge de l'enfant de l'exercice de l'autorité parentale. L'alinéa cinquième de l'article 350 du Code civil énonce que le tribunal de grande instance, qui prononce l'abandon judiciaire de l'enfant, « *délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié* »⁷. Cette délégation indirecte est la conséquence du désintérêt manifesté par

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 874.

² La tierce opposition n'étant recevable qu'en cas de dol, de fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant (art. 350, al. 6 C. civ.), cela exclut tout recours d'un membre de la famille qui n'aurait pas été informé en temps utile de la situation et qui se manifesterait trop tard (exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, n° 96-11.323).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1987, *Bull. civ. I*, n° 107. Voir également : CA Montpellier, 10 octobre 1989, Jurisdata n° 1989-034254.

⁴ SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.204. Voir également : HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 940.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 879.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 133.

⁷ Madame Pascale SALVAGE-GEREST souligne qu'une telle délégation n'est pas nécessaire si elle avait déjà été décidée par le juge aux affaires familiales. Elle ajoute que si cette délégation est ordonnée au profit du service de

les parents à l'égard de l'enfant. Cette suppléance des parents est nécessaire, car « *afin d'éviter un vide juridique, il faut que l'autorité parentale dont les parents sont désormais privés, soit dévolue à ceux qui s'occupent de l'enfant* »¹. Elle permet au tiers de prendre soin de l'enfant dans l'attente d'une éventuelle adoption². Par conséquent, la déclaration judiciaire d'abandon « *a pour finalité de rendre l'enfant directement adoptable, sans passer par le consentement de ses parents* »³, comme le prévoit l'article 347 du Code civil⁴. Le mineur conserve cependant des liens juridiques avec ses auteurs tant qu'il n'a pas été adopté plénièrement. Ce n'est que dans ce cas que le lien de filiation sera rompu. Il est donc possible que l'enfant soit rendu à ses parents tant qu'il n'a pas été placé en vue de l'adoption⁵. L'article 1164 du Code de procédure civile organise les modalités de la demande en restitution de l'enfant. Les parents ont la possibilité de reprendre leur enfant, sous réserve que cette volonté soit conforme à son intérêt supérieur⁶.

La déclaration judiciaire d'abandon n'est pas « *en elle-même synonyme de rupture irrémédiable des liens familiaux* »⁷. Cette idée est renforcée par le fait que l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat peut être contesté par les membres de la famille de l'enfant, à l'exclusion des parents ayant fait l'objet de la déclaration judiciaire d'abandon, et par toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant, s'ils demandent à assurer la charge du mineur⁸. L'acte administratif devra dès lors être notifié à ces personnes dans les mêmes conditions que si un retrait de l'autorité parentale avait été prononcé contre les parents⁹. Cette solution démontre que la déclaration judiciaire d'abandon n'est pas définitive. Elle donne aux membres de la famille la faculté de s'opposer à l'abandon judiciaire de l'enfant lorsqu'ils n'ont pas été préalablement informés de la procédure. La possibilité de contester l'arrêté d'admission

l'ASE, elle sera de courte durée, l'enfant étant admis en qualité de pupille de l'Etat en application du 6° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles (SALVAGE-GEREST (P.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.221).

¹ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 941. En ce sens : LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 268.

² NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 52.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 52.

⁴ Il a cependant été décidé que le consentement à l'adoption doit toujours être donné par les parents ou, au moins, par le conseil de famille, car selon l'article 377-3 du Code civil, le droit de consentir à l'adoption ne peut jamais être délégué (TGI Lille, 26 novembre 1976, *D.*, 1978, jurispr., p. 499, note PATUREAU (Y.)). Cette solution a été contestée étant donné que l'article 377-3 du Code civil ne s'applique qu'à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale prononcée par le juge aux affaires familiales, dans laquelle les parents demeurent titulaires de leur autorité (en ce sens : SALVAGE-GEREST (P.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.223). En outre, les enfants déclarés judiciairement abandonnés « *constituent une catégorie autonome d'enfants adoptables pour lesquels il n'est pas besoin d'un consentement quelconque à l'adoption* » (HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 941). L'adoption éventuelle de l'enfant est ici subordonnée au constat judiciaire de l'abandon du mineur et non au consentement de ses parents ou d'un conseil de famille.

⁵ Art. 352 C. civ.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 218 – Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 176.

⁷ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 879.

⁸ Art. L. 224-8, II, 1° et 2° et 4° C. act. soc. et fam.

⁹ Art. L. 224-8, III et IV C. act. soc. et fam. ; *supra*. § 265.

de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat complète les dispositions de l'alinéa quatrième de l'article 350 du Code civil¹. A cet égard, le tribunal de grande instance pourra accueillir la demande, s'il la juge conforme à l'intérêt de l'enfant, et prononcer l'annulation de l'arrêté². Or, cette juridiction dispose du même pouvoir d'appréciation quand elle ne déclare pas l'abandon judiciaire de l'enfant sur le fondement de l'article 350, alinéa quatrième du Code civil. Il faut effectivement que la demande du membre de la famille, qui souhaite assumer la charge de l'enfant, soit conforme à son intérêt. Le lien de filiation originel est donc privilégié pour éviter tout éclatement de la famille. C'est la raison pour laquelle il faudrait pouvoir autoriser le juge qui prononce la mesure de restreindre ses effets à une seule adoption simple, ce qui éviterait une rupture définitive et totale des liens du sang³. En effet, si l'intérêt de l'enfant serait de rester dans sa famille, la rupture officielle de ses liens biologiques pourrait entraîner un désarroi important pour le mineur⁴. Cette proposition est intéressante. D'une part, elle permet de concilier la respect de la vie familiale et la protection de l'enfant victime de sa famille. D'autre part, l'adoption simple permettrait de prendre en considération la détresse du mineur⁵ en lui offrant une filiation par greffe qui compléterait la filiation biologique. Avec ce procédé, l'enfant bénéficierait d'une vie familiale normale et d'une stabilité juridique auprès de sa famille d'adoption, ce qui garantirait son développement, tandis que les parents d'origine pourraient conserver des relations personnelles avec le mineur⁶. C'est le sens d'un arrêt *Zhou c/ Italie* de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 21 janvier 2014⁷.

Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de faciliter l'adoption simple de l'enfant protégé. Il est envisagé de passer outre l'absence de consentement des parents pour prononcer l'adoption simple du mineur lorsque l'enfant dont l'adoption est demandée n'a pas bénéficié de la part de ses parents d'actes ou de relations nécessaires à son développement physique, psychologique et affectif sans que ces derniers en aient été empêchés par un tiers⁸. En d'autres termes, le mineur délaissé pourrait être adopté en la forme simple sans qu'il soit besoin de recourir à une déclaration judiciaire d'abandon, ce d'autant plus que celle-ci n'est pas envisageable si les parents ont conservé des relations, même minimales avec l'enfant. Pourtant, la

¹ *Supra*. § 269.

² Art. L. 224-8, V C. act. soc. et fam.

³ MURAT (P.), « La motivation de la déclaration judiciaire d'abandon, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1998 », *Dr. famille*, 1998, comm. n° 14.

⁴ LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 268.

⁵ LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 268.

⁶ En ce sens : HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport précité*, *Doc. fr.*, novembre 2009, p. 5.

⁷ Cour EDH, *Zhou c/ Italie* précité, § 59-60.

⁸ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 82 et s., spé. p. 87.

déclaration d'abandon judiciaire de l'enfant permet déjà de rendre l'enfant adoptable en supprimant l'exigence du consentement à l'adoption des parents d'origine¹. Il suffirait donc d'envisager expressément la possibilité pour le tribunal de grande instance de prononcer une adoption simple. Afin de garantir un équilibre entre les droits des parents adoptifs, les droits des parents biologiques et l'intérêt de l'enfant, le groupe de travail propose également que le tribunal de grande instance organise les modalités des relations personnelles de l'enfant avec ses parents d'origine, lesquels pourraient se voir accorder un droit de surveillance et celui de participer à certaines décisions². Au demeurant, l'adoption simple pourrait distraire les candidats à l'adoption de l'enfant, qui ne pourrait pas faire l'objet d'une adoption plénière³. Il est également possible qu'elle ne s'accorde pas avec les nécessités inhérentes à la protection du mineur. L'absence de rupture avec la famille d'origine pourrait empêcher la reconstruction de l'enfant et l'établissement d'un projet pour son avenir. Le mineur risquerait d'être déstabilisé et tiraillé entre sa famille biologique et sa famille adoptive. L'ambiguïté maintenue par l'adoption simple entre les deux familles pourrait donc préjudicier à son développement. De même, une rivalité entre les deux familles est susceptible d'être créée, ce d'autant plus si les parents d'origine refusent le principe d'une adoption de leur enfant. Enfin, l'adoption simple viderait de sa substance la sanction de l'exercice de l'autorité parentale par la déclaration judiciaire d'abandon, puisque l'enfant conserverait des liens avec ses auteurs. En ce sens, le groupe de travail a relevé que la décision judiciaire qui constate la défaillance des parents est la plus protectrice pour l'enfant. Elle garantit l'accès de l'enfant, dans la plupart des cas, au statut de pupille de l'Etat⁴.

§ 2/ Les sanctions pénales du comportement familial

271. La pertinence d'une sanction pénale de l'exercice de l'autorité parentale. – Les parents qui mettent en danger ou qui délaissent leur enfant peuvent supporter un retrait de l'autorité parentale devant les juridictions répressives. C'est en ce sens que la sanction pénale de l'exercice de l'autorité parentale permet d'organiser la suppléance des parents dans l'exercice de leur autorité. De plus, le droit pénal permet d'obliger les parents à exercer leurs responsabilités, ou à tout le moins de punir ceux qui n'exerceraient pas leurs prérogatives⁵. C'est notamment le

¹ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 147 ; *supra*. § 267.

² GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 82 et s., spé. p. 87.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 879.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 87-88.

⁵ ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 1346.

cas pour toutes les infractions relatives à la mise en péril de mineur, qui ont permis de déterminer la catégorie de l'enfant délaissé par sa famille. La loi pénale a aussi pour objectif de contraindre les parents à apprendre leur fonction grâce à un encadrement spécifique¹. Cet encadrement social sous contrainte des père et mère² est réalisé au moyen de stages de responsabilité parentale³. Cette mesure tend à rappeler aux parents « *les obligations de diverses natures (juridiques, économiques sociales et morales) qu'implique l'éducation d'un enfant* »⁴. Le procureur de la République, au titre des mesures alternatives aux poursuites, peut orienter les parents vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle⁵. Cette offre s'accompagnera d'une notification, faite aux bénéficiaires, d'un classement sans suite des faits s'ils se soumettent à la mesure et se conforment aux obligations inhérentes à l'autorité parentale⁶. Cette mesure alternative représente en soi une sanction du comportement des parents, mais son échec fait également l'objet d'une sanction⁷. Dans cette hypothèse, le procureur de la République pourra décider de poursuivre les parents, voire de saisir le juge de l'assistance éducative. Le stage de responsabilité parentale n'est pas qu'une alternative aux poursuites. Il peut être une sanction complémentaire spécifique. C'est donc une peine qui sera imposée aux parents quand une infraction leur est reprochée. Cette peine complémentaire est prévue pour les délits à l'article 131-35-1 du Code pénal⁸. Elle peut notamment s'appliquer en cas d'atteintes volontaires ou d'agressions sexuelles commises sur la personne du mineur⁹, d'enlèvement et de séquestration d'un mineur¹⁰, ou encore pour les infractions relatives à la mise en péril de mineurs¹¹. Il convient toutefois de se demander s'il est nécessaire d'attendre la commission de ces infractions pour imposer de tels stages. De même, la justice pénale doit-elle imposer ces stages, ce d'autant plus qu'ils pourraient être proposés à toute personne dont les carences éducatives sont établies ? Pareillement, le parquet peut-il disposer d'un pouvoir de sanction lorsqu'il met en œuvre une mesure alternative aux poursuites ? Le cadre

¹ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 160.

² NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 152.

³ Ce stage est organisé en sessions collectives, continues ou discontinues composées d'un ou de plusieurs modules, adaptés à la personnalité du parent et à l'infraction commise. Il peut être élaboré avec le concours de personnes publiques ou privées mettant en œuvre des accompagnements parentaux (art. L. 141-1 C. act. soc. et fam.).

⁴ GARÇON (E.), PELTIER (V.), *Droit de la peine*, Paris : Litec, 2010, § 192.

⁵ Art. 41-1, 2° C. pr. pén.

⁶ En ce sens : GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *Procédure pénale*, 9^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 1492.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 159.

⁸ Pour les contraventions, c'est l'article 131-16, 9° du Code pénal qui s'applique. Tant en matière délictuelle que dans le domaine contraventionnel, c'est la juridiction de jugement qui fixe la durée du stage, d'un maximum d'un mois. La durée journalière ne doit pas excéder six heures et la formation doit être adaptée à l'âge et à la personnalité du mineur. En outre, il faut tenir compte pour le condamné majeur de ses obligations familiales, sociales ou professionnelles et pour le mineur de ses obligations familiales et scolaires. Le stage doit être effectué dans un délai de six mois suivant la condamnation définitive.

⁹ Art. 222-45 C. pén.

¹⁰ Art. 224-9, 4° C. pén. (il s'agit cependant d'un crime art. 224-5 C. pén.).

¹¹ Art. 227-29 C. pén.

pénal est-il propice à la résolution de ces difficultés ? Autrement dit, le droit répressif doit-il aider les parents à mieux se comporter¹ ? En réalité, le législateur, en prévoyant la possibilité de recourir à des stages de responsabilité parentale, manifeste sa bienveillance vis-à-vis des parents. Il espère que cette mesure permettra aux père et mère d'exercer correctement leurs prérogatives². Pour autant, en l'absence de procès ou de peines principales, les parents ne répondent pas véritablement de leurs actes et des conséquences des abus de l'autorité qui leur a été conférée par la loi. Au contraire, la symbolique du procès pénal et de la peine permet de faire prendre conscience aux parents de leurs fautes. C'est pourquoi l'arsenal répressif contient plusieurs possibilités pour sanctionner un exercice inadéquat des prérogatives parentales. La responsabilité pénale des parents sera recherchée en raison de leur incapacité à assumer leur mission sociale de protection de leurs enfants, ce qui sera *a fortiori* le cas s'ils mettent en danger le mineur³.

272. La subsidiarité de la sanction pénale de l'exercice de l'autorité parentale. – Le droit pénal est une « *branche du droit ayant pour objet traditionnel la prévention et la répression des infractions* »⁴. Il a pour objet de prévenir certains comportements susceptibles de faire de l'enfant une victime de sa famille. Il incite les parents à agir en conformité à la loi. Cela signifie que les père et mère doivent exercer leurs prérogatives dans l'intérêt supérieur du mineur. A cet effet, ils peuvent être assistés ou suppléés dans leurs fonctions grâce à divers mécanismes organisés par le Code civil ou le Code de l'action sociale et des familles. De ce point de vue, la sanction pénale constitue l'*ultima ratio* de la réaction sociale⁵. Le droit pénal présenterait une dimension auxiliaire⁶. Il n'intervient que pour sanctionner des parents ou des membres de la famille de l'enfant, lorsque ces derniers n'ont pas assuré la protection du mineur conformément aux règles posées dans les autres branches du droit⁷. La sanction pénale de l'exercice de l'autorité parentale ne serait donc légitime que si le législateur dispose d'autres moyens pour assurer l'observation, par les père et mère, des prescriptions édictées par la loi. Cette prudence du droit

¹ Sur l'ensemble de ces interrogations, voir : DREYER (E.), « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri ROBERT*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 247. Egalement en ce sens : ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2005, p. 416.

² En ce sens : JEANCLOS (Y.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2011, p. 132.

³ ROSENCZVEIG (J.-P.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005, § 1346.

⁴ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o pénal.

⁵ DREYER (E.), précité, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri ROBERT*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 247.

⁶ DREYER (E.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Litec, 2012, § 83 et s.

⁷ L'exposé des motifs de l'ordonnance du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger rappelle par ailleurs cette dimension (ord. n° 58-1301 précitée). Le texte précise que « *les enquêtes menées [...] sur des cas d'enfants martyrs, montrent que les crimes et délits dont ils sont victimes ont été le plus souvent précédés d'une période parfois longue dont il eût été possible de constater la carence ou la désorganisation familiale, de déceler chez l'enfant des déficiences graves ou d'observer des perturbations révélatrices dans son comportement* ».

criminel¹ est justifiée par le fait que les sanctions pénales « *sont asservies aux fonctions civiles dans la mesure où elles ne constituent qu'un renfort* »². Nonobstant ce rôle subsidiaire³, le droit pénal, « *parce qu'il garantit l'intégrité corporelle de tout être humain, assure à l'enfant une protection spéciale* »⁴ et « *substantielle* »⁵ de sa personne (A). La vulnérabilité naturelle du mineur justifie cette spécificité obligée, qui se retrouve tout au long de la procédure pénale susceptible d'aboutir à la condamnation de ses parents ou d'un membre de la famille (B).

A/ La protection pénale de la personne du mineur contre sa famille

273. Le meurtre du mineur. – Dès sa naissance, le mineur est une personne juridique. Il jouit de la personnalité juridique, ce qui justifie la protection de sa vie par le droit pénal. En effet, le droit criminel « *a pour vocation de protéger la vie humaine et non une aptitude à la vie* »⁶. Seule la personne physique est protégée⁷, ce qui exclut la protection de l'enfant simplement conçu⁸. La gravité de la faute commise par les parents contre leur enfant justifie l'importance de la sanction. Ils encourent une peine de réclusion criminelle à perpétuité dès lors que l'homicide volontaire est commis contre un mineur de quinze ans⁹. La rigueur de la sanction pénale de l'exercice de l'autorité parentale est donc limitée dans le temps, étant donné que le législateur a

¹ COUV RAT (P.), précité, *RSC*, 1969, p. 807.

² RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 578.

³ Sur le caractère subsidiaire des sanctions pénales : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 578 et s.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 126.

⁵ BEAUSSONIE (G.), « L'enfant victime d'infraction », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 227.

⁶ SAINTE-ROSE (J.), « La protection pénale de l'enfant à naître », *RGDM*, 2004, n° 12, p. 215.

⁷ La jurisprudence pénale conditionne la protection de la vie de l'enfant à sa seule naissance. Les juges ne répriment pas l'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître, dont le régime relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus (Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 8 ; également : Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 174 – Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 144 – Cass. crim., 4 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 108). Au demeurant, si l'enfant vit, même quelques instants, après sa naissance et décède suite à des lésions irréversibles provoquées *in utero*, la jurisprudence admet l'application de l'article 221-6 du Code pénal (Cass. crim., 2 décembre 2003, *Bull. crim.*, n° 230 – Cass. crim., 13 décembre 2011, n° 11-82.313). Bien que la condition de naissance ne soit pas prévue par la loi pénale, l'enfant n'est un sujet de protection qu'à partir de l'accouchement de la mère. C'est à cet instant qu'il acquiert la personnalité juridique, c'est alors « autrui » en droit pénal (sur ce point : DREYER (E.), « Autrui en matière pénale », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 431). Le tribunal correctionnel de Tarbes a toutefois considéré que le fœtus est une victime potentielle de l'atteinte à la vie d'autrui, ce qui lui a permis d'appliquer l'infraction d'homicide involontaire, prévue par l'article 221-6 du Code pénal, en cas d'atteinte accidentelle à la vie de l'enfant conçu non encore né (T. corr. Tarbes, 4 février 2014, *Juridata* n° 2014-013013 ; *Dr. famille*, 2014, comm. n° 127, obs. MIRKOVIC (A.)).

⁸ Voir notamment : LE GRIEL (B.), « L'absence de protection pénale de l'enfant conçu : essai d'explication. Pour un droit qui unit dans la diversité », in *op. cit.*, *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 711.

⁹ Art. 221-1 et 221-4, 1° C. pén.

retenu une minorité de quinze ans pour aggraver la peine¹. Or, n'aurait-il pas fallu étendre cette protection jusqu'à la majorité de l'enfant en raison de l'état de dépendance dans lequel il se trouve vis-à-vis de ses parents² ? Une autre circonstance aggravante au meurtre pourrait être envisagée et créée : la commission par un ascendant. La protection de l'enfant victime de sa famille par l'incrimination du meurtre aggravé est néanmoins insuffisante. Elle ne permet pas de garantir efficacement la vie du mineur. La sanction pénale intervient *a posteriori*. Plusieurs qualifications pénales prennent ainsi en compte les violences physiques commises sur les mineurs, ce d'autant plus que ces dernières peuvent conduire à sa mort. L'intégrité physique (1) du mineur est ainsi protégée tout comme son intégrité sexuelle (2).

1/ La protection de l'intégrité physique du mineur contre sa famille

274. Droit de correction et maltraitance du mineur. – Le phénomène de la maltraitance n'est pas nouveau en droit. Il est aujourd'hui mieux connu, notamment quant à son ampleur³. Certaines œuvres littéraires témoignent de l'importance et de la gravité des violences subies par l'enfant, ainsi que l'absence de réaction sociale⁴. La maltraitance de l'enfant pose la question de la justification des violences en cas de « *traitement éducatif assez sévère* »⁵. En effet, le droit de correction des parents peut se confondre avec des actes de maltraitance, et créer un état de danger pour l'enfant, susceptible de justifier une intervention du juge des enfants. Le châtiment corporel de l'enfant, au titre du droit de correction, ne deviendrait maltraitance qu'à la condition qu'il soit répété, intense, systématique et source de plaisir pour l'auteur⁶, humiliant et dégradant pour la victime. La punition physique du mineur ne doit pas être automatique. Punir consiste à infliger une peine pour obtenir le rachat d'une faute tandis que châtier vise à corriger, rendre conforme aux règles. En réalité, les père et mère disposeraient davantage d'un droit de réprimande que d'un droit de correction. Une simple réprimande ne peut pas s'analyser comme une maltraitance du

¹ Elle l'est également en raison de la prescription des faits. En effet, le point de départ de la prescription de l'action publique relative aux meurtres de nouveau-nés doit être fixé au jour des faits et non pas au jour de la découverte des cadavres pour la Cour de cassation, et cela même s'ils ont été dissimulés par la mère infanticide (Cass. crim., 16 octobre 2013, *Bull. crim.*, n° 192). Le 19 mai 2014, la cour d'appel de Paris, juridiction de renvoi après cassation, a refusé de s'incliner devant la solution de la Haute juridiction. Selon les magistrats du second degré, il convient de faire courir le délai de prescription non pas à partir de la commission des faits, ce que prescrit pourtant la loi en matière d'homicide, mais à partir de leur découverte, car l'autorité de poursuite s'est trouvée jusqu'alors dans l'impossibilité d'agir (CA Paris, 19 mai 2014, RG n° 13/08837 ; *D.*, 2014, p. 1206, note BOMBLED (M.) ; *Dalloz actualité*, 26 mai 2014, obs. DANET (J.)).

² Déjà en ce sens : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 120.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1637.

⁴ VALLES (J.), *op. cit.*, [1879], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1985 ; RENARD (J.), *op. cit.*, [1894], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1999 ; BAZIN (H.), *op. cit.*, [1948], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1997.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1638.

⁶ DELAGRANGE (G.), *Comment protéger l'enfant*, Paris : Karthala, 2004, p. 90.

mineur, et cela même si le droit de correction dépasse cette réprimande¹. La punition physique permettrait de fixer des limites à l'enfant pour éviter qu'il ne reproduise un comportement interdit, spécialement si elle permet de corriger une transgression particulièrement grave.

Le Doyen CARBONNIER a rattaché ce qui subsiste du droit de correction au devoir d'éducation. Il l'a défini comme « *le droit d'infliger à l'enfant, en cas d'infraction à la discipline familiale, les sanctions qu'approuve la coutume* »². Ces faits peuvent pourtant être pénalement incriminés. L'article 222-14 du Code pénal punit spécifiquement « *les violences habituelles sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge [...], est apparente ou connue de leur auteur* ». La vulnérabilité du mineur de quinze ans est ainsi présumée par le législateur, comme en matière de délaissement³. L'âge du mineur est un élément constitutif de l'infraction. Pour les mineurs de quinze à dix-huit ans, il faudra démontrer l'état de vulnérabilité de l'enfant. Des violences volontaires doivent ensuite avoir été commises contre la personne du mineur, c'est-à-dire des atteintes à son intégrité physique⁴. Enfin, les violences doivent présenter un caractère habituel. Cela signifie que des violences isolées ne relèvent pas du champ d'application de l'article 222-14 du Code pénal⁵. En pratique, cette violence ne donne toutefois pas lieu à des poursuites « *en raison de l'acceptation sociale générale envers ces claques et fessées* »⁶, même si cette affirmation tend à être relativisée⁷. Les juridictions pénales écartent l'application du texte incriminateur en se fondant sur l'existence d'un droit coutumier de correction. La surprise est grande de voir le principe de légalité écarté alors que l'usage et la coutume n'ont pas leur place dans notre droit pénal, même pour justifier des violences légères commises par des parents pour corriger leurs enfants. En réalité, il ne s'agirait que d'une hypothèse particulière de permission implicite de la loi⁸, qui trouve sa source dans le droit de

¹ MURAT (P.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.

² CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 113.

³ *Supra*. § 59.

⁴ Il faut également inclure au sein des violences habituelles sur mineur toutes les atteintes à l'intégrité psychique du mineur, c'est-à-dire tous les actes de violence qui causent un choc émotif à la victime en l'absence de tout contact matériel entre le corps de l'auteur et celui de la victime (Cass. crim., 13 juin 1991, *Bull. crim.*, n° 253 – Cass. crim., 27 octobre 1999, *Bull. crim.*, n° 235 – Cass. crim., 2 septembre 2005, *Bull. crim.*, n° 212 – Cass. crim., 18 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 65 – Cass. crim., 30 octobre 2012, n° 11-84.152).

⁵ Ce sont alors les articles 222-7 à 222-13 du Code pénal qui s'appliquent. Ces dispositions incriminent la maltraitance occasionnelle de l'enfant, particulièrement par le recours aux circonstances aggravantes. L'enfant est protégé, non seulement en raison de son âge, mais également en raison du fait de l'autorité exercée sur lui par ses parents, voire par d'autres membres de la famille.

⁶ HERZOG-EVANS (M.), « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ fam.*, 2005, p. 212.

⁷ MALLEVOUE (D. de), « 2009 pourrait être l'année de l'abolition de la fessée », *Le Figaro*, 24 janvier 2009, p. 9 ; LECLAIR (A.), « Le projet anti-fessée étendu aux violences morales », *Le Figaro*, 20 novembre 2010, p. 11 ; RAZEMON (O.), « Les militants anti-fessée réclament une loi afin de "bousculer l'opinion" », *Le Monde*, 31 octobre 2011, p. 21.

⁸ DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Paris : Economica, 2009, § 712.

correction reconnu depuis longtemps aux parents¹, ou plus récemment dans « l'obligation éducative »² incombant aux père et mère, voire même dans le pouvoir disciplinaire qui leur appartient³. Faute de texte consacrant l'irresponsabilité des parents ayant commis des violences sur les mineurs, les motifs justifiant l'absence de répression ne peuvent être que diffus⁴. La jurisprudence a néanmoins précisé l'étendue de ce droit de correction afin de le distinguer des actes de maltraitance, car « admettre sans restriction le "droit" de correction, c'est admettre l'ire du bourreau et sa cohorte d'enfants martyrs »⁵. A cet égard, le droit pénal, appliqué par les juridictions répressives, n'intervient que subsidiairement pour déterminer ce qui est licite ou ce qui ne l'est pas.

275. La jurisprudence interne pertinente : une application pragmatique de l'article 222-14 du Code pénal. – Afin que le droit de correction soit admis par les juridictions pénales, les corrections ne doivent ni avoir un caractère systématique ni provoquer des ecchymoses⁶. En outre, la violence infligée aux enfants par les parents⁷ n'est permise que si elle est légère et possède un but pédagogique⁸. Le droit pénal ne saurait tolérer des atteintes à l'intégrité physique de l'enfant, c'est-à-dire un abus du droit de correction. Le titulaire du droit de correction doit être dénué d'une intention délictueuse orientée vers la volition d'infliger des souffrances physiques ou morales à l'enfant⁹. Les juges du fond, pour écarter l'application du droit de correction, doivent opérer une distinction entre violences légères, autorisées, et violences excessives, interdites¹⁰. L'exclusion des actes de maltraitements dépend de la nature et des conséquences des violences commises sur l'enfant, lesquelles ne doivent pas dépasser les limites inhérentes à l'exercice du droit de correction¹¹. Cette différenciation, difficile à réaliser, présente un caractère aléatoire, sauf en cas de traitements dégradants, ce qui exclut tout caractère pédagogique¹². Par conséquent,

¹ Cass. crim., 17 décembre 1819, *S.*, 1819-1821, chron., p. 152.

² CA Rouen, 28 avril 2010, RG n° 09/00760.

³ T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.*, 1982, p. 182, note MAYER (D.) ; *RSC*, 1982, p. 347, obs. LEVASSEUR (G.).

⁴ CERF-HOLLENDER (A.), « §1. Les atteintes à l'intégrité physique et les limites au droit de correction à finalité éducative », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2012, p. 586.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 136.

⁶ Cass. crim., 3 mai 1984, *Bull. crim.*, n° 154. *Contra.* : CA Angers, 23 mars 2006, *JCP G.*, 2006, IV, 2905.

⁷ Le droit de correction ne saurait par ailleurs être délégué à un tiers à la famille (Cass. crim., 21 février 1990, *Dr. pénal*, 1990, comm. n° 216, obs. VERON (M.) ; *RSC*, 1990, p. 785, obs. LEVASSEUR (G.)).

⁸ T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.*, 1982, p. 182, note MAYER (D.) ; *RSC*, 1982, p. 347, obs. LEVASSEUR (G.) – CA Rouen, 28 avril 2010, RG n° 09/00760.

⁹ Cass. crim., 21 février 1967, *Bull. crim.*, n° 73 – CA Rouen, 28 avril 2010, RG n° 09/00760.

¹⁰ Par exemple : CA Angers, 25 mars 2004, *Jurisdata* n° 2004-247382 (relaxe du parent) – CA Paris, 4 mai 2004, *Jurisdata* n° 2004-247341 (condamnation du parent) – CA Paris, 11 mai 2004, *Jurisdata* n° 2004-247323 (condamnation du parent).

¹¹ Cass. crim., 21 février 1990, *Dr. pénal*, 1990, comm. n° 216, obs. VERON (M.) ; *RSC*, 1990, p. 785, obs. LEVASSEUR (G.).

¹² HERZOG-EVANS (M.), précité, *AJ fam.*, 2005, p. 212.

le droit pénal ne condamne pas automatiquement tout usage du droit de correction, ce d'autant plus qu'il découlerait du devoir d'éducation. Le droit de correction attribué aux parents représente toutefois « *un pouvoir de fait aux contours flous, exercés dans le secret des familles. Seuls tombent sous l'inculpation de coups et blessures, les agissements graves qui mettent en péril la santé physique voire la vie de l'enfant* »¹. Dans cette situation, il ne s'agit plus, pour les parents, d'exercer un droit de correction. La réprimande caractérise davantage des actes de maltraitance, susceptibles de qualification pénale. Encore faut-il que les juridictions pénales soient averties de ces faits². L'enfant est victime d'un vide juridique ou plutôt de non-droit³. Le défaut de répression pénale met en exergue une absence de droit dans ce rapport parents-enfant alors qu'en théorie le droit aurait vocation à être présent⁴. En définitive, il « *faut vraiment qu'il y ait abus de pouvoir manifeste pour que le droit réapparaisse* »⁵ et assure la protection de l'enfant. L'admission de ces violences éducatives ordinaires, dès lors qu'elles n'excèdent pas une certaine gravité, est critiquable. Ces actes entraînent d'importantes conséquences physiques et psychologiques pour l'enfant, ce d'autant plus qu'il semble impossible de distinguer les violences éducatives ordinaires et répétées des actes de maltraitance. La tolérance à l'égard du droit de correction démontre également l'existence d'un totalitarisme des parents sur leur progéniture. Or, cette forme d'autoritarisme famille ne s'accorde pas avec les droits de la personnalité du mineur, considéré comme un sujet de droit.

276. La jurisprudence européenne pertinente : l'absence de condamnation formelle du droit de correction et des actes de maltraitance. – La Cour européenne des Droits de l'Homme, tout en imposant une obligation de prévention des mauvais traitements à l'égard des enfants⁶, n'a pas prohibé *in abstracto* le droit de correction. Elle a cependant conclu à la violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales en présence de châtiments corporels commis contre des enfants, mais à la condition qu'ils revêtent un degré de gravité suffisant⁷. Les magistrats européens font une application pragmatique de l'usage du droit de correction, bien que celui-ci puisse se confondre avec des actes de maltraitance. L'appréciation de la gravité des mauvais traitements est donc relative. Elle dépend de l'ensemble des données de la cause pour la juridiction européenne. Il faut

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 136.

² *Supra*. § 153 pour la question de la révélation de tels faits.

³ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 136.

⁴ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 25.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 136.

⁶ Cour EDH, A. c/ *Royaume-Uni* précité, § 22.

⁷ Cour EDH, A. c/ *Royaume-Uni* précité, § 23. Voir également : Cour EDH, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* précité, § 32.

prendre en compte des facteurs tels que la nature et le contexte du traitement, sa durée, ses modalités d'exécution, ses effets physiques ou mentaux, ainsi que le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime¹. Dès lors, comme en droit interne, il ne faut pas qu'une atteinte, médicalement constatée, soit portée à la personne de l'enfant ni qu'il subisse des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, c'est-à-dire une sanction particulièrement humiliante et avilissante. La punition infligée au mineur ne doit pas « *créer en ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres et à les humilier et à les avilir* »².

277. L'incomplétude de la protection de l'enfant contre les actes de maltraitance familiale. – Les châtiments corporels semblent tolérés par la jurisprudence interne et la jurisprudence européenne, dès lors que les parents exercent un droit de correction sur l'enfant. Pour certains, l'équilibre trouvé permet de concilier l'atteinte à la dignité de l'enfant et le respect de l'autorité parentale³. C'est pourquoi, malgré une législation qui interdit toute violence à l'égard des mineurs, le droit positif ne condamne pas en tant que tels les châtiments corporels commis par les parents sur leurs enfants. La jurisprudence semble les limiter à ce qui est raisonnable pour l'éducation de l'enfant, à la différence d'autres Etats, comme la Suède, la Finlande, la Bulgarie ou l'Italie qui prohibent en toutes circonstances les châtiments corporels⁴. L'évolution contemporaine en Europe s'inscrit toutefois dans un mouvement d'interdiction de la fessée et de tout châtiment corporel, même léger, contre les enfants. A cet égard, le Conseil de l'Europe a émis une recommandation afin d'interdire les châtiments corporels contre les enfants en Europe⁵. La situation de la France ne semble donc pas adaptée puisque les châtiments corporels ne paraissent pas prohibés en eux-mêmes par le droit pénal. En effet, l'article 222-14 du Code pénal n'est pas assez explicite alors même que l'article 19 de la CIDE impose aux Etats de protéger l'enfant contre toute forme de maltraitance. En 2005, le Comité européen des droits sociaux a estimé que la législation française n'était pas conforme à la Charte sociale européenne

¹ Cour EDH, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* précité, § 30 – Cour EDH, *A. c/ Royaume-Uni* précité, § 20. Egalement : Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, § 30.

² PRADEL, (J.), CORSTENS (G.), VERMEULEN (G.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2009, § 312.

³ En ce sens : BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSIOT (M.-C.), et *al.*, *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 341.

⁴ HERZOG-EVANS (M.), précité, *AJ fam.*, 2005, p. 212 ; BARGHOLTZ (H.), « La large prohibition européenne des châtiments corporels infligés aux enfants », *AJ fam.*, 2005, p. 221. D'autres Etats européens ont adopté des lois afin d'interdire tout châtiment corporel envers les enfants. Il s'agit de l'Allemagne, de l'Autriche, de Chypre, de la Croatie, du Danemark, de la Hongrie, de l'Islande, de la Lettonie, de la Moldavie, de la Norvège, des Pays-Bas, de la Roumanie, de l'Ukraine, de la Grèce, de l'Espagne et du Portugal (*Proposition de loi n° 2244 visant à abolir les châtiments corporels infligés aux enfants*, Doc. AN, XIII^{ème} législature).

⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, ass. parlementaire, 4 juin 2004, *Recommandation n° 1666 (2004)*, doc. n° 10199.

révisée, particulièrement son article 17, étant donné que les châtiments corporels contre les enfants ne sont pas interdits en toutes circonstances, y compris dans le milieu familial¹. Cette situation est restée inchangée². Deux propositions de lois ont néanmoins été déposées à l'Assemblée nationale afin d'interdire, en droit civil et non en droit pénal, les violences infligées aux enfants³. Le groupe de travail dirigé par Monsieur Jean-Pierre ROSENCZVEIG a également proposé de condamner les châtiments corporels, sans prévoir de sanction pénale à cet interdit, car l'éducation de l'enfant doit se concevoir sans violence⁴. Il n'en demeure pas moins que l'évolution des mœurs rend les punitions corporelles du mineur de moins en moins acceptables. Elles manifestent une réaction impulsive et ses conséquences négatives sur l'enfant ont été scientifiquement prouvées⁵, comme en matière de maltraitance⁶. Le droit de correction est de plus en plus contesté par crainte que certains parents confondent pédagogie et maltraitance⁷. A l'inverse, les atteintes à l'intégrité sexuelle du mineur font l'objet d'une réprobation sociale généralisée.

2/ La protection de l'intégrité sexuelle du mineur contre sa famille

278. Les sévices sexuels sur mineur. – L'usage linguistique courant permet de définir les sévices comme des « *mauvais traitements exercés sur quelqu'un qu'on a sous son autorité ou sous sa responsabilité* »⁸. Le terme « sévices » provient du latin *saevitia*, de *saevus*, c'est-à-dire violence. Dans un sens général, les sévices seraient donc des violences physiques, des mauvais traitements corporels infligés à une personne⁹. Par conséquent, les sévices sexuels sur mineur seraient toutes formes de violences, présentant un caractère sexuel, commises par une personne, en raison de son autorité ou de sa responsabilité, sur un enfant. Les auteurs de tels actes seraient

¹ COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, Conclusions 2005 (France), p. 20-21. C'était déjà le cas en 2003 (COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, Conclusions 2003 (France), p. 85).

² COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, Conclusions 2011 (France), p. 21.

³ Proposition de loi n° 2244 visant à abolir les châtiments corporels infligés aux enfants, Doc. AN, XIII^{ème} législature ; Proposition de loi n° 2971 visant à abolir toutes formes de violences physiques et psychologiques infligées aux enfants, Doc. AN, XIII^{ème} législature.

⁴ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), *Des nouveaux droits pour l'enfant ? Oui dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 98.

⁵ CORNET (J.), « La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques », *AJ. fam.*, 2005, p. 226.

⁶ En ce sens : FRÉOUR (P.), « La maltraitance laisse des traces visibles dans le cerveau », *Le Figaro.fr*, 3 août 2012, disponible sur <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2012/08/03/18760-maltraitance-laisse-traces-visibles-dans-cerveau>, consulté le 4 août 2012.

⁷ ROME (F.), « Ne les fessons plus, Folleville ! », *D.*, 2013, p. 2393. Dans l'espèce relevée par l'auteur, le tribunal correctionnel de Limoges a condamné un père à 500 euros d'amende avec sursis pour avoir infligé une correction à son enfant. Ce parent invoquait son « droit à la violence familiale » pour justifier son acte.

⁸ *Le Petit Larousse illustré*, V^o sévices.

⁹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o sévices.

dès lors les titulaires de l'autorité parentale ou tout membre de la famille exerçant sur le mineur une autorité de droit ou de fait¹. Le terme « sévices » apparaît uniquement dans le Code pénal à l'article 226-14². Cette disposition associe les sévices à des « *atteintes ou mutilations sexuelles* »³ ou des « *violences sexuelles de toute nature* »⁴. Il est ainsi permis d'envisager la protection de l'intégrité sexuelle du mineur contre sa famille sous deux angles : les mutilations à caractère sexuel (a) et les atteintes sexuelles (b).

a/ Les mutilations à caractère sexuel

279. La nature des mutilations à caractère sexuel. – La mutilation est une « *atteinte irréversible à l'intégrité physique d'une personne, notamment par perte, ablation ou amputation d'un membre* »⁵. Elle a pour conséquence la « *perte d'un organe* »⁶, c'est-à-dire d'un organe sexuel car la mutilation est relative au sexe de l'enfant, à ses fonctions de reproductions particulières, qu'elles soient féminines ou masculines. Les mutilations sexuelles sont souvent gouvernées par des motifs culturels, rituels ou religieux. Ces pratiques n'ont pas été expressément condamnées par la CIDE, même si l'article 24, § 3 de la Convention dispose que « *les États parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants* ».

L'alinéa premier de l'article 227-24-1 du Code pénal réprime, au titre de la mise en péril de mineurs, « *le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle [...], lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée* ». L'alinéa second de cette disposition incrimine ensuite « *le fait d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée* ». Ce texte complète le dispositif répressif existant. Il permet de protéger l'enfant contre une mutilation sexuelle quand celle-ci n'est pas réalisée. Néanmoins, aucun texte n'incrimine spécifiquement les mutilations sexuelles. La répression de ces faits est réalisée au moyen de l'article 222-9 du Code pénal qui punit « *les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente* ». Les

¹ Un tiers ayant une autorité de droit ou de fait sur le mineur pourrait également être l'auteur de tels actes alors même qu'il n'a aucun lien de filiation avec l'enfant.

² Cette disposition évoque différentes hypothèses dans lesquelles le secret professionnel protégé par l'article 226-13 du Code pénal n'est pas applicable.

³ Art. 226-14, 1^o C. pén.

⁴ Art. 226-14, 2^o C. pén.

⁵ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o mutilation.

⁶ RASSAT (M.-L.), *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 77.

mutilations sexuelles sont principalement au nombre de trois. Il existe l'excision¹ et l'infibulation² qui affectent les organes sexuels féminins (i). Les religions juives et musulmanes pratiquent ensuite la circoncision³ qui concerne l'organe sexuel masculin (ii).

i/ L'excision et l'infibulation

280. Un traitement inhumain et dégradant. – Le fait d'effectuer une excision, et *a fortiori* une infibulation, contre la volonté de l'enfant constitue un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales⁴. L'assimilation de cette mutilation sexuelle à un traitement inhumain et dégradant permet de protéger les jeunes mineures contre le risque de ces pratiques, auxquelles elles seraient soumises dans l'Etat vers lequel elles seraient expulsées avec leurs parents⁵. Le Code pénal ne contient pas de dispositions spécifiques condamnant et sanctionnant l'excision ou l'infibulation à la différence d'autres Etats⁶, bien qu'il soit envisagé de réprimer explicitement ses pratiques⁷. En droit positif, ces mutilations sont traitées comme des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sur la personne de la mineure. C'est donc l'article 222-19 du Code pénal qui permet de réprimer ces pratiques. Les peines seront néanmoins aggravées par l'article 222-10 du même Code si la mutilation est commise sur une mineure de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute

¹ L'excision consiste en une ablation du clitoris et d'une partie de l'ensemble des petites lèvres.

² L'infibulation est une ablation totale du clitoris ainsi que des petites lèvres et des parties adjacentes des petites lèvres suivies de la suture des deux côtés de la vulve.

³ La circoncision est une ablation du prépuce.

⁴ TA Lyon, 12 juin 1996, Jurisdata n° 1996-048409 – CE, 6^e et 4^e s.-sect. réunies, 20 décembre 2000, *Préfet de l'Essonne c/ Mme Minata Ouattara*, n° 202555 – Cour EDH, 17 mai 2011, *Izevbekhai et autres c/ Irlande*, n° 43408/08, § 73.

⁵ La Cour Nationale du Droit d'Asile (CNDA) traitait différemment les demandes d'asile de mineures non excisées nées en France de celles arrivées sur le territoire national pour échapper à cette mutilation. La CNDA a ainsi refusé aux premières la qualité de réfugiées (CNDA, sections réunies, 11 février 2009, *Mme D. épouse K.*, n° 638891 – CNDA, sections réunies, 11 février 2009, *Mlle K.*, n° 639908). Dans trois arrêts d'assemblée rendus le 21 décembre 2012, le Conseil d'Etat a mis un terme à cette jurisprudence de la CNDA en matière de protection des mineures nées en France et menacées d'excision en cas de retour dans l'Etat dont elles ont la nationalité. L'octroi du statut de réfugié n'est pas conditionné au lieu de naissance de l'enfant. Ce qui importe est le risque de persécution en cas de retour dans leur pays d'origine. Néanmoins, la Haute juridiction administrative restreint les conditions d'octroi de ce statut et exclut leurs parents de toute protection internationale hormis dans des situations exceptionnelles (CE, ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332491 – CE, ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332492 – CE, ass., 21 décembre 2012, *T.*, n° 332607 ; voir également : CE, 3^e et 5^e s.-sect. réunies, Avis CNDA, 20 novembre 2013, *M. B. A. et de Mme D. C. épouse A.*, req. n° 368676 ; sur ces questions : BRICE-DELAJOUX (C.), « Le Conseil d'Etat, le droit d'asile et l'excision : entre satisfaction et inquiétude, note sur : CE, Ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332491 : Jurisdata n° 2012-029929 – CE, Ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332492 : Jurisdata n° 2012-029930 – CE, Ass., 21 décembre 2012, *T.*, n° 332607 : Jurisdata n° 2012-029935 », *JCP G.*, 2013, note 357).

⁶ Par exemple, la Grande-Bretagne réprime spécifiquement les mutilations génitales. Elle est aussi formellement interdite en Suisse ou en Côte d'Ivoire.

⁷ ROSENZWEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 99.

autre personne ayant autorité sur le mineur¹. Cette protection de l'enfant contre une excision ou une infibulation n'est pas limitée au territoire national. L'article 222-16-2 du Code pénal prévoit que la loi française est applicable, par dérogation aux dispositions de l'article 113-7 du Code pénal, au crime de l'article 222-10 commis à l'étranger sur une victime mineure résidant habituellement sur le territoire français. La condition de nationalité n'est pas requise pour les mutilations sexuelles².

281. La qualification criminelle de l'excision. – Le juge pénal, en l'absence de textes précis, a longtemps hésité sur la qualification à donner à l'excision. Dans un premier temps, il a qualifié cette mutilation génitale de délit. Les parents étaient essentiellement punis au moyen de l'infraction d'omission de porter secours. La cour d'appel de Paris avait cependant estimé que l'excision revêtait une qualification criminelle³. La Cour de cassation censura cette décision dans laquelle la juridiction du second degré s'était déclarée incompétente⁴. Dans cette espèce, les faits imputés aux parents auraient pu constituer des violences volontaires sur mineur de quinze ans ayant entraîné la mort sans intention de la donner, c'est-à-dire des faits revêtant une qualification criminelle. Néanmoins, ce crime n'avait pas été reproché aux prévenus, lequel au surplus avait été expressément exclu par l'ordonnance de renvoi. La Cour de cassation a implicitement confirmé la qualification délictuelle de l'excision dans un arrêt du 3 mai 1988⁵. Pour autant, elle a admis, dès 1983, que l'excision de l'enfant était susceptible de revêtir une qualification criminelle⁶. En 1987, la cour d'appel de Paris s'est appuyée sur cet arrêt de la Cour de cassation pour admettre la qualification criminelle de l'excision et se déclarer incompétente⁷. Les magistrats de juridiction d'appel ont relevé que la coutume ancestrale africaine ne peut justifier de tels actes, car selon

¹ La peine est alors de vingt ans de réclusion criminelle.

² L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) recommande la condamnation publique des mutilations génitales féminines, et l'adoption d'une législation les interdisant, afin de doter les pouvoirs publics des mécanismes de prévention et de lutte effective contre ces pratiques, y compris en appliquant « *les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir leur compétence* » extraterritoriale si des ressortissantes du pays ont été soumises à des mutilations génitales féminines à l'étranger (CONSEIL DE L'EUROPE, ass. parlementaire, 1^{er} octobre 2013, *Recommandation n° 2023 (2013)*, Le droit des enfants à l'intégrité physique ; CONSEIL DE L'EUROPE, ass. parlementaire, 1^{er} octobre 2013, *Résolution n° 1952 (2013)*, Le droit des enfants à l'intégrité physique). Sur ce dernier point, la législation française paraît conforme aux recommandations de l'APCE puisque la protection de l'enfant n'est pas limitée au territoire national. Seule l'absence d'une législation spécifique contre les mutilations génitales féminines fait donc défaut, même si les incriminations existantes permettent d'appréhender ces faits.

³ CA Paris, 6 novembre 1984, Jurisdata n° 1984-026719 (les magistrats du second degré ont estimé que le tribunal correctionnel aurait dû se déclarer incompétent car les faits qui lui étaient déférés, sous la qualification de non-assistance à personne en danger, étaient susceptibles d'entraîner une qualification criminelle).

⁴ Cass. crim., 22 avril 1986, *Bull. crim.*, n° 136 ; *RSC*, 1986, p. 851, obs. LEVASSEUR (G.).

⁵ Cass. crim., 3 mai 1998, *Bull. crim.*, n° 188 ; *RSC*, 1989, p. 108 et 112, obs. LEVASSEUR (G.).

⁶ Cass. crim., 20 août 1983, *Bull. crim.*, n° 229 ; *RSC*, 1984, p. 73, obs. LEVASSEUR (G.) (dans cette espèce, il ne s'agissait pas d'une excision rituelle mais de sévices infligés à sa fille par une mère).

⁷ CA Paris, 10 juillet 1987, *D.*, 1987, IR, p. 197 ; *RSC*, 1989, p. 109, obs. LEVASSEUR (G.).

l'ordre public français, le mobile est indifférent. La Cour de cassation dans un arrêt du 9 mai 1990 confirma la position des juges parisiens¹. La qualification criminelle de l'excision ne semble donc plus poser de difficultés², bien qu'un arrêt de la cour d'appel de Paris ait condamné des parents pour l'excision de leurs filles sur le fondement des articles 222-11 et 222-12 du Code pénal. Les magistrats ont ainsi retenu le délit de violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours par ascendant³. L'indulgence des magistrats dans cette espèce est critiquable, ce d'autant plus qu'ils ont relaxé les parents pour l'excision commise sur certaines de leurs filles et prononcé une peine de trois ans d'emprisonnement avec sursis⁴. L'absence d'effectivité de la sanction pénale de l'excision, en raison d'une culture ancestrale des parents, remet en cause la protection de l'enfant victime de sa famille. Or, « *la religion ou la croyance ne doit pas conférer d'immunité, servir de fait justificatif à un comportement ou venir adoucir la sanction* »⁵. L'invocation d'un droit étranger ne constitue pas une cause d'exonération de responsabilité et ne peut justifier l'impunité des parents ou la clémence des juridictions à leur égard. En ce sens, « *le droit français ne prévoit pas de dérogations au principe d'intangibilité du corps humain pour des raisons de rituels coutumiers, d'origine française ou étrangère* »⁶. Pourtant, la circoncision fait l'objet d'une tolérance lorsqu'elle n'est pas pratiquée à des fins thérapeutiques⁷.

ii/ La circoncision

282. La tolérance à l'égard de la circoncision. – En droit pénal, il est manifeste que la circoncision, acte essentiellement religieux, n'est pas réprimée ni poursuivie. Il existerait une ou

¹ Cass. crim., 9 mai 1990, *Dr. pénal*, 1990, comm. n° 291.

² Cass. crim., 29 septembre 1993, n° 93-80.370.

³ CA Paris, 25 septembre 2009, *Jurisdata* n° 2009-010955.

⁴ Il est d'autant plus étonnant que le ministère public a sollicité la condamnation de chaque parent à une peine de principe d'un an d'emprisonnement avec sursis. Dans une autre espèce soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, une mère avait été condamnée à une peine d'emprisonnement, assortie pour partie du sursis, pour l'infibulation de sa fille (Cass. crim., 29 septembre 1993, n° 93-80.370). Voir également : C. assises de Paris, 8 mars 1991, *RSC*, 1991, p. 565, obs. LEVASSEUR (G.).

⁵ FORTIER (V.), « L'excision : quelle réponse pénale ? », *Archives de politique criminelle*, 1999, n° 21, p. 41. Voir également : RUDE-ANTOINE (E.), « Les mutilations sexuelles en France et le droit à l'intégrité physique de l'enfant : l'exemple de l'excision », in HERVÉ (C.), STANTON-JEAN (M.), RIBAU-BAJON (C.), *Violences sur le corps de la femme, Aspects juridiques, culturels et éthiques*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 93.

⁶ PY (B.), *Le sexe et le droit*, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., Paris : PUF, 1999, p. 39. Voir également : DREYER (E.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Litec, 2012, § 1157, note 35.

⁷ CHOAIN (C.), « La Convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes concerne les seuls enfants légitimes. Refus du droit de visite et d'hébergement à un père algérien pour des motifs graves, note sur Cass. civ. 1^{ère}., 26 janvier 1994, n° 92-10.838 », *D.*, 1995, *jurispr.*, p. 226 ; FORTIER (V.), précité, *Archives de politique criminelle*, 1999, n° 21, p. 41 ; ARCHER (F.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2003, § 123 ; CABALLERO (F.), *Droit du sexe*, Paris : LGDJ, 2010, § 15.

plusieurs raisons qui feraient obstacle à la qualification pénale de cette mutilation sexuelle¹. Une décision rendue, le 7 mai 2012, par le tribunal de grande instance de Cologne a relancé le débat à propos de la circoncision². Les magistrats allemands ont estimé qu'elle constitue une atteinte à l'intégrité corporelle du mineur³. Un juge des enfants du tribunal de grande instance de Laval avait rendu, dès 2002, une décision dans le même sens. Il avait jugé que « *la circoncision pratiquée comme un rite religieux porte volontairement atteinte à l'intégrité physique d'un enfant et constitue manifestement une forme de violence sexuelle* »⁴. Le magistrat avait ajouté que l'enfant, « *âgé seulement de six ans, n'est pas en mesure, en raison de son âge, de donner un quelconque consentement à cet acte chirurgical qui provoquera des conséquences physiques irrémédiables ainsi que [...] des difficultés dans sa vie sexuelle future* ».

Le consentement de l'enfant victime est inopérant pour justifier une circoncision, surtout s'il est en bas âge puisqu'il ne peut pas comprendre la signification de cet acte⁵. C'est pourquoi la jurisprudence exige que les parents consentent tous les deux à la circoncision⁶. Le consentement des parents à cet acte doit-il cependant produire un effet justificatif en droit pénal, en particulier si l'atteinte à l'intégrité du mineur n'est pas justifiée par un intérêt médical ? La réponse semble négative « *dans la mesure où il ne s'agit pas d'un acte médical, même au sens le plus compréhensif du terme, l'atteinte à l'intégrité corporelle n'est plus justifiée au regard de la loi pénale, et l'incrimination d'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle est applicable* »⁷. La gravité de l'intérêt social atteint par cette mutilation à caractère sexuel ne peut être dissimulée par l'intérêt privé des parents et leur consentement à la circoncision⁸. La permission coutumière, dont le rôle en droit pénal est limité en raison du principe de légalité, pourrait-elle l'autoriser ? En principe, les pratiques coutumières n'ont de vertu justificative que dans les hypothèses où un texte le prévoit⁹, ce qui n'est pas le cas pour la circoncision. Elle ferait néanmoins l'objet d'une tolérance d'ordre coutumier en ce qu'elle « *est pratiquée de manière immémoriale en France,*

¹ En ce sens : BOINOT (P.), « Sectes religieuses et droit pénal », *RSC*, 1983, p. 414.

² GREMAUD (R.), « Moratoire suisse sur la circoncision rituelle », *Le Monde*, 3 août 2012, p. 2 ; GUEDON (R.), « Il ne faut pas interdire la circoncision, Les religions doivent être respectées », *Le Monde*, 29 août 2012, p. 17 ; LEMAITRE (F.), « Sale temps pour la circoncision », *Le Monde*, 8 septembre 2012, p. 7.

³ TGI Cologne, 7 mai 2012, *RJPF*, 2012-9.10/35, note THIERRY (J.-B.) ; *D.*, 2012, note LIBCHABER (R.) ; *D.*, p. 1665, ROME (F.).

⁴ TGI Laval, Juge des enfants, 16 avril 2002, *AJ fam.*, 2002, p. 222.

⁵ En ce sens : DUVAL-ARNOULD (D.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1994, p. 217.

⁶ *Supra.* § 237.

⁷ PENNEAU (J.), « Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications, obs. sous CA Paris, 12 février 1992 », *D.*, 1993, somm., p. 27. En ce sens : ARCHER (F.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2003, § 123. Dans ce cas, il s'agit d'appliquer les conditions juridiques nécessaires à toute atteinte au corps humain telles qu'elles sont posées par l'article 16-3 du Code civil.

⁸ En ce sens : PIN (X.), *Le consentement en matière pénale*, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, Paris : LGDJ, 2002, § 67.

⁹ DREYER (E.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Litec, 2012, § 1157.

contrairement à l'excision »¹. Si la circoncision est tolérée, à la différence de l'excision, c'est parce que le groupe qui la pratique est intégré dans la société française². Autrement dit, « *l'ancienneté de la pratique ne choque pas les valeurs protégées par le droit pénal* »³, ce qui n'est pas le cas de l'excision. Ce fondement justificatif est fragile et le statut de la circoncision en droit pénal demeure précaire⁴.

283. La répression théorique de la circoncision. – Monsieur Francis CABALLERO estime que la circoncision « *encourt en théorie la qualification criminelle de violences aggravées avec arme et sur des mineurs ayant entraîné une amputation* »⁵. Les articles 222-9 et 222-10 du Code pénal trouverait donc à s'appliquer. La circoncision « *est une mutilation puisqu'elle prive un être humain de son intégrité physique par ablation d'une partie de son corps* »⁶. A défaut, une qualification délictuelle pourrait être retenue avec les articles 222-11, 222-12 et 222-13 du Code pénal⁷. Cet acte n'est pas bénin compte tenu de la gravité des conséquences qui peuvent en découler. Dans une espèce, un enfant, à la suite d'une circoncision, fut atteint d'une nécrose du gland entraînant l'ablation des deux tiers de la verge⁸. La recherche d'éventuelles décisions de poursuite ou de condamnation dans la jurisprudence est cependant infructueuse⁹. Un arrêt de relaxe a toutefois pu être identifié. La cour d'appel de Grenoble a effectivement relaxé une mère de l'infraction de complicité de violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours sur la personne de son fils, ayant subi une circoncision¹⁰. Dans cette décision, les magistrats du second degré ont estimé que s'il est vraisemblable que l'intervention a été réalisée par une personne non qualifiée sur le plan médical, la mère n'a pas eu conscience de contribuer à un acte de violences volontaires sur son fils, dans la mesure où elle pensait que la procédure suivie était habituelle pour la communauté maghrébine de Grenoble. C'est donc l'absence d'élément moral qui a permis la relaxe de la mère. Elle n'a pas eu la conscience et la

¹ THIERRY (J.-B.), « La circoncision de l'enfant », *RJPF*, 2012-9.10/35.

² BOINOT (P.), précité, *RSC*, 1983, p. 414 ; CHOAIN (C.), précité, *D.*, 1995, jurispr., p. 226 ; PY (B.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., Paris : PUF, 1999, p. 34.

³ PY (B.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., Paris : PUF, 1999, p. 34. L'auteur ajoute que « *la société tolère une dérogation à l'intangibilité du corps humain par l'institution d'une permission coutumière comme elle le fait déjà pour le droit de correction parental* ».

⁴ PY (B.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., Paris : PUF, 1999, p. 34 ; THIERRY (J.-B.), précité, *RJPF*, 2012-9.10/35.

⁵ CABALLERO (F.), *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2010, § 15.

⁶ CHOAIN (C.), précité, *D.*, 1995, jurispr., p. 226.

⁷ En ce sens : CHOAIN (C.), précité, *D.*, 1995, jurispr., p. 226. Également : THIERRY (J.-B.), précité, *RJPF*, 2012-9.10/35.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 1989, n° 87-19.600. Voir également : CA Paris, 12 février 1992, *D.*, 1993, somm., p. 27, obs. PENNEAU (J.) – Cass. civ. 1^{ère}., 6 décembre 1994, *D.*, 1995, IR, p. 38.

⁹ PY (B.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., Paris : PUF, 1999, p. 32 ; ARCHER (F.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2003, § 123.

¹⁰ CA Grenoble, 7 novembre 2012, Jurisdata n° 2012-034508 (dans cette espèce, les médecins ont conclu à l'absence de mutilation ou d'infirmité permanente).

volonté de participer à un acte de violence sur son fils. Elle était dénuée de toute intention de violence à l'égard de son fils en raison de la pratique religieuse qu'elle a suivie.

284. La remise en cause de la tolérance à l'égard de la circoncision rituelle. – Si la circoncision est pratiquée à la demande des parents pour des motifs médicaux, le droit pénal n'aura pas vocation à s'appliquer. L'objectif de santé publique permet effectivement de justifier l'acte¹. La circoncision thérapeutique devrait donc être distinguée de la circoncision rituelle. « *Jusqu'ici confinée à l'intimité des familles, [cette dernière] se retrouve depuis quelque temps discutée et mise en cause sur la place publique* »², cette remise en cause s'étant accentuée par une recommandation de l'APCE destinée à protéger l'intégrité physique des enfants³.

Dans sa résolution n° 1952 (2013), l'APCE a souligné qu'une « *catégorie particulière de violations des droits humains contre les enfants n'est pas encore expressément visée par les politiques ou instruments juridiques européens et internationaux, à savoir les violations médicalement non justifiées de l'intégrité physique des enfants telles que décrites* »⁴. Ce texte encourage les Etats membres du Conseil de l'Europe à « *définir clairement les conditions médicales, sanitaires et autres à respecter s'agissant des pratiques qui sont aujourd'hui largement répandues dans certaines communautés religieuses, telles que la circoncision médicalement non justifiée des jeunes garçons* ». Le législateur serait ainsi susceptible d'intervenir afin d'encadrer la pratique de la circoncision rituelle. Il est même possible que des sanctions pénales soient prévues en cas de non-respect du cadre législatif créé⁵. La circoncision rituelle pose de nombreux questionnements auxquels sont confrontés les juristes et les médecins. Ces derniers sont placés face à un dilemme que Monsieur François VIALLA a résumé en ces termes : « *maintenir la "tour d'ivoire" des principes, au risque d'une incompréhension du corps social, ou se contenter d'un rôle de transcripteur des souhaits de la "conscience commune"* »⁶. La protection de l'enfant victime de sa famille n'en demeure pas moins le seul objectif du droit en cas de circoncision rituelle, comme en témoigne la prise en compte des atteintes sexuelles sur mineur par un membre de sa famille.

¹ PENNEAU (J.), précité, *D.*, 1993, somm., p. 27. En ce sens : ARCHER (F.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2003, § 123.

² FORTIER (V.), « "Nous aimons nos enfants... Mais puisque nous les aimons tant, comment se fait-il que nous ne sachions pas ce qui leur fait mal ?" Elie Wiesel », *Rev. dr. et santé*, 2014, n° 57, p. 942.

³ CONSEIL DE L'EUROPE, ass. parlementaire, 1^{er} octobre 2013, *Recommandation n° 2023 (2013)* précitée.

⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, ass. parlementaire, 1^{er} octobre 2013, *Résolution n° 1952 (2013)* précitée.

⁵ Cette résolution ne se limite pas à la circoncision. Elle vise également les mutilations génitales féminines (*supra*. § 280 et s.), les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués, ainsi que les piercings, les tatouages ou les opérations de chirurgie plastique auxquels les enfants sont parfois soumis ou contraints.

⁶ VIALLA (F.) « Intégrité corporelle des enfants (circoncision) : Résolution du Conseil de l'Europe », *D.* 2013 p. 2702.

b/ Les atteintes sexuelles

285. Le Petit Chaperon rouge et la métaphore du loup. – Le conte de Charles PERRAULT *Le Petit Chaperon rouge*¹ annonce et accompagne, de manière plus ou moins codée, la marche tragique d'un enfant vers ce qui sera probablement pire que sa mort : son agression sexuelle. Dans ce récit, la figure du loup n'est qu'une métaphore qui ne laisse pas grand-chose à l'imagination du lecteur. Il est un dangereux séducteur et un meurtrier. La morale explicite de l'histoire est avant tout un conseil de prévention contre le pervers sexuel, incarné par le personnage du loup. Le droit pénal protège donc le consentement du mineur en matière de relation sexuelle par la répression du comportement de l'auteur de l'acte sexuel².

Ce défaut de consentement de l'enfant a une « *coloration particulière* »³ en raison de la minorité de la victime. C'est pourquoi la loi pénale incrimine spécifiquement l'atteinte sexuelle sans violence réalisée sur un mineur, mais aussi l'atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise, ce qui constitue alors une agression sexuelle aggravée ou un viol aggravé par l'âge de la victime (i). Ces faits lorsqu'ils sont commis par un membre de la famille sur l'enfant constituent un inceste, c'est-à-dire un rapport sexuel entre proches parents, incriminé comme agression ou atteinte sexuelle quand il est commis par un ascendant sur un mineur⁴.

L'inceste implique une relation familiale entre l'auteur et l'enfant victime. Pour autant, il n'existe pas d'incrimination spéciale de l'inceste dans le Code pénal, nonobstant l'importance de cet interdit social et universel et la volonté du législateur d'inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal⁵(ii). Consacrer l'inceste dans la loi pénale aurait permis de prendre en compte la particularité des victimes d'infractions sexuelles incestueuses par rapport aux victimes d'actes sexuels non incestueux⁶. En cela, la législation française se distingue de celle d'autres Etats européens comme l'Allemagne, le Pays de Galles, le Danemark ou encore l'Angleterre qui incriminent spécialement l'inceste dans leur législation pénale⁷.

¹ PERRAULT (C.), *Le Petit Chaperon Rouge*, in *Contes*, [1697], coll. folio classique, Paris : Gallimard, 1981, rééd. 2012, p. 70.

² Cet attachement au comportement de l'auteur de l'atteinte sexuelle présente un désavantage. Cela conduit à faire abstraction de l'existence ou non du consentement de la victime. En effet, ce dernier n'est pas déterminant dès lors que l'auteur a pu croire en son existence (en ce sens : Cass. crim., 11 octobre 1978, *D.*, 1979, IR, p. 120).

³ GLANDIER-LESCURE (N.), *L'inceste en droit français contemporain*, Aix-en-Provence : PUAM, 2006, § 383. Voir également : CERF-HOLLENDER (A.), « §5. Les sanctions pénales des agressions sexuelles au sein de la famille », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2012, p. 233.

⁴ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o inceste.

⁵ L. n° 2010-121 précitée.

⁶ DARSONVILLE (A.), « Viol », *Rép. pén. Dalloz*, 2011, § 5.

⁷ GUERY (C.), « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.*, 1998, chron., p. 47 ; BOURRAT-GUEGUEN (A.), « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *Dr. famille*, 2010, étude n° 15.

i/ La sanction spécifique du défaut de consentement du mineur
victime

286. L’atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ou surprise. – L’atteinte sexuelle est constituée par un acte de nature sexuelle commis sur un mineur, mais à condition qu’il soit réalisé sans violence, contrainte, menace ou surprise. Elle suppose un contact entre un membre de la famille majeur et le mineur victime¹. C’est un délit intentionnel pour lequel les mobiles sont indifférents. Peu importe que l’infraction n’ait pas été accomplie dans le but de satisfaire des pulsions d’ordre sexuel². La conscience d’avoir accompli un acte à caractère sexuel est nécessaire et suffisant³. Les articles 227-25 et 227-26 du Code pénal répriment les atteintes sexuelles sur un mineur de quinze ans commises par un majeur, notamment lorsqu’elles sont réalisées par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait⁴. L’article 227-27, 1° du même Code punit ces faits quand l’atteinte sexuelle est réalisée sur un mineur âgé de plus de quinze ans par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait⁵.

Ces qualifications pénales ont pour objet de « *sanctionner l’exploitation de faiblesse inhérente à la minorité qui laisse supposer une insuffisance quant au discernement* »⁶. Elles dénie tout effet au consentement qu’aurait pu donner le mineur⁷. Cette affirmation est particulière vraie pour l’incrimination des atteintes sexuelles sans violence commises sur un mineur de quinze ans. Néanmoins, le très jeune âge des victimes ne permettrait-il pas d’établir, *ipso facto*, la surprise, la violence ou la contrainte. En d’autres termes, une agression sexuelle⁸. Il est difficilement concevable qu’un mineur de dix ans puisse émettre un réel consentement à un acte de nature sexuelle, ce qui permettrait de créer une présomption d’absence de consentement⁹. La qualification pénale serait dès lors celle de l’agression sexuelle. La Cour de cassation a admis que l’état de contrainte pouvait résulter du manque de discernement de l’enfant en raison de son

¹ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1703.

² Prétendue intention pédagogique : CA Limoges 26 mai 1989, Jurisdata n° 1989-042661 – CA Bourges 1^{er} avril 1999, Jurisdata n° 1999-043776 – CA Aix-en-Provence, 27 février 2007, Jurisdata n° 2007-343092. Pratiques relatives à l’hygiène : CA Douai, 9 février 2007, Jurisdata n° 2007-335782.

³ CA Nancy, 12 avril 2005, Jurisdata n° 2005-279844.

⁴ Art. 227-26, 1° et 2° C. pén.

⁵ Les personnes poursuivies sont susceptibles d’invoquer leur erreur sur l’âge réel de la victime, mais les juridictions contrôlent strictement le caractère excusable de cette erreur (Cass. crim., 7 février 1957, *Bull. crim.*, n° 126).

⁶ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 612.101.

⁷ ARCHER (F.), *op. cit.*, Paris : L’Harmattan, 2003, § 106.

⁸ RASSAT (M.-L.), « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-25 à 227-27, fasc. 20, 2008, § 5 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1703.

⁹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1703.

jeune âge¹. Néanmoins, elle a ultérieurement estimé que la surprise ou la contrainte ne pouvait être déduite du seul âge des victimes². Dans d'autres arrêts, la chambre criminelle de la Cour de cassation est revenue sur cette position. En se retranchant derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, elle a admis qu'il y avait nécessairement contrainte ou surprise en raison de la différence d'âge entre l'auteur et la victime³. Le 7 décembre 2005, la Haute juridiction a expressément admis que « *l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés* »⁴. Cette solution a été confirmée par le législateur en 2010⁵. L'article 222-22-1 du Code pénal énonce que « *la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime* ». Si la différence d'âge entre la victime mineur et l'auteur des faits doit se distinguer du jeune âge⁶, il est permis de penser qu'en dessous d'un certain seuil d'âge, la qualification d'atteinte sexuelle sur mineur est inapplicable, au profit de celle d'agression sexuelle. Il faudrait donc déterminer l'âge en dessous duquel l'absence de consentement de l'enfant serait présumée⁷. A l'inverse, l'atteinte sexuelle sans violence sur un mineur âgé de plus de quinze ans n'est réprimée que de façon exceptionnelle, compte tenu de la proximité de l'enfant avec la majorité⁸. Il est considéré comme à même d'avoir consenti aux actes à caractère sexuel, même si cela n'est pas toujours le cas⁹. La volonté du mineur peut effectivement être altérée par

¹ Cass. crim., 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 228.

² Cass. crim., 1^{er} mars 1995, *Bull. crim.*, n° 92 – Cass. crim., 21 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 274 – Cass. crim., 22 novembre 2000, n° 00-81.705 – Cass. crim., 10 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 116 – Cass. crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 239.

³ Cass. crim., 18 mars 1997, n° 96-86.703 – Cass. crim., 15 septembre 1999, n° 99-84.402 – Cass. crim., 3 mars 2001, n° 01-85.266 – Cass. crim., 3 avril 2001, n° 01-80.623 – Cass. crim., 28 novembre 2001, n° 01-86.218 – Cass. crim., 9 octobre 2002, n° 01-83.947 – Cass. crim., 28 avril 2004, n° 03-85.789.

⁴ Cass. crim., 7 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 326. Dans le même sens : Cass. crim., 3 septembre 2008, n° 08-84.092 – Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 08-81.180.

⁵ L. n° 2010-121 précitée.

⁶ Le critère de la différence d'âge fait intervenir l'âge de l'auteur, ce qui amoindrit sa portée. Il aurait été préférable de se référer uniquement au jeune âge de la victime, ce d'autant plus que l'article 222-22-1 du Code pénal ne prévoit qu'une possibilité. Le juge peut donc ne tenir compte que du jeune âge de la victime (LEPAGE (A.), « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G.*, 2010, doctr., 335).

⁷ En ce sens : KOERING-JOULIN (R.), « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 389 ; GLANDIER-LESCURE (N.), *op. cit.*, Aix-en-Provence : PUAM, 2006, § 540 ; GERMAIN (D.), « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *RSC*, 2011, p. 817. Certains proposent l'âge de treize ans (RASSAT (M.-L.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-25 à 227-27, fasc. 20, 2008, § 9). De nombreuses législations connaissent une présomption irréfutable d'absence de consentement du mineur victime d'actes sexuels, parmi lesquelles les lois allemande, espagnole, anglaise, galloise, suisse, danoise, autrichienne, italienne. Hors de l'Europe, les Etats-Unis connaissent aussi un tel système (GUERY (C.), précité, *D.*, 1998, chron., p. 47 ; GUERY (C.), « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pén.*, 2010, p. 126).

⁸ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1710.

⁹ Cass. crim., 16 mars 1939, *Bull. crim.*, n° 58 (oncle par alliance de la victime) – Cass. crim., 14 octobre 1958, *D.*, 1959, somm., p. 15 (concubin de la mère).

l'effet de l'autorité exercée sur lui par l'auteur des faits¹. La question du consentement du mineur victime se pose avec davantage d'acuité en matière d'agression sexuelle.

287. L'agression sexuelle et le viol. – L'article premier de l'article 222-22 du Code pénal² définit l'agression sexuelle comme « *toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* ». L'alinéa deuxième de cette disposition précise ensuite que « *le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances* » prévues par une Section 3 du Code pénal, intitulée « *des agressions sexuelles* ». En outre, « *constitue également une agression sexuelle le fait de contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise à subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers* »³. Ces incriminations, lorsqu'elles sont commises sur un mineur, ne seront retenues que s'il est démontré l'absence de consentement de la victime. L'atteinte sexuelle doit avoir été réalisée avec violence, contrainte, menace ou surprise sur le mineur. Or, « *en cas de violences sexuelles intrafamiliales, ces qualifications sont peu adaptées* »⁴. Madame Anne BOURRAT-GUEGUEN considère que l'auteur des faits n'a pas besoin d'user de violence, contrainte, menace ou surprise pour obtenir des faveurs sexuelles de l'enfant. Il lui suffit d'utiliser la confiance découlant de l'existence du lien familial ainsi que l'état de dépendance affective dans lequel se trouve l'enfant⁵. Les « sentiments de soumission » éprouvés par une victime mineure sont toutefois insuffisants pour caractériser la qualité de personne ayant autorité ou la violence exercée par l'auteur⁶, ce qui n'est pas sans poser des difficultés pour la preuve de l'abus sexuel⁷. Au demeurant, l'emprise quotidienne du père sur ses enfants peut révéler la contrainte et la violence nécessaire à la qualification du viol et de l'agression sexuelle⁸.

La Cour de cassation considère qu'il n'est pas possible de déduire la violence, la contrainte, la menace ou la surprise du seul âge du mineur ou du lien d'ascendance ou d'autorité. Elle a jugé que ces éléments constituent des circonstances aggravantes de l'agression sexuelle,

¹ CONTE (P.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 275.

² Pour la Cour de cassation, l'article 222-2 du Code pénal définit l'agression sexuelle de manière suffisamment claire et précise et son interprétation entre dans l'office du juge pénal (Cass. crim., 3 octobre 2012, n° 12-90.052, QPC – Cass. crim., 7 août 2013, n° 13-90.015, QPC – Cass. crim., 18 décembre 2013, n° 13-90.031, QPC).

³ Art. 222-22-2, al. 1^{er} C. pén. Sur ce point : DETRAZ (S.), SAENKO (L.), « L'article 222-22-2 du Code pénal, hypothèse d'emprunt de matérialité », *Dr. pénal*, 2014, étude n° 1.

⁴ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 612.91.

⁵ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 612.91.

⁶ Cass. crim., 21 février 2007, *Bull. crim.*, n° 55.

⁷ Sur ce point : BÉCHILLON (M. de), CHOULOT (J.-J.), « L'abus sexuel commis sur des mineurs et sa preuve en droit pénal », in NERAC-CROISIER (R.), [ss. dir.], *Le mineur et le droit pénal*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 49.

⁸ Cass. crim., 28 avril 2011, n° 11-80.617.

qui ne sont examinées que si la réunion des éléments constitutifs a été préalablement constatée¹. Dans ce cadre, elle a appliqué la théorie de la peine justifiée lorsque la condamnation prononcée est compatible avec les peines organisées aux articles 227-25 et suivants du Code pénal, relatifs à l'atteinte sexuelle². Il est vrai que la contrainte est un élément constitutif de l'infraction d'agression sexuelle ou de viol³ tandis que la minorité de quinze ans ou l'ascendance et l'autorité de droit ou de fait sont des circonstances aggravantes de ces infractions⁴. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a confirmé cette position jurisprudentielle dans un arrêt du 14 février 2003⁵. La rigueur de cette jurisprudence a néanmoins été tempérée dans un arrêt du 7 décembre 2005⁶. Dans cette espèce, la Cour de cassation semble atténuer la rigidité de la distinction entre élément constitutif de l'infraction et circonstance aggravante. La Haute juridiction a estimé que l'examen de l'élément constitutif de l'infraction pouvait être réalisé à l'aide d'éléments tirés d'une circonstance aggravante⁷. Ce n'est que postérieurement que la chambre criminelle de la Cour de cassation a implicitement admis que la contrainte pouvait résulter de la différence d'âge entre l'auteur des faits et la victime mineure⁸. La loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste dans le Code pénal⁹ a souhaité clarifier cette jurisprudence en consacrant les positions les plus récentes de la Cour de cassation¹⁰. La contrainte morale a été définie par référence à la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits, ainsi que par l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime¹¹. Au demeurant, la Cour de cassation s'est opposée au raisonnement sous-jacent créé par l'article 222-22-1 du Code pénal, consistant à déduire l'absence de consentement des mineurs de leur jeune âge et du rapport d'autorité pouvant exister avec l'auteur. Les juges du fond doivent vérifier si, de la différence d'âge et du rapport d'autorité a découlé une véritable contrainte morale, alors même que la réalité des rapports sexuels est établi. Autrement dit, ces derniers doivent nécessairement prouver le défaut de consentement, car l'existence de rapports sexuels entre un oncle et ses nièces ne suffit pas à établir des charges

¹ Cass. crim., 21 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 274 – Cass. crim., 22 novembre 2000, n° 00-81.705 – Cass. crim., 25 avril 2001, *Bull. crim.*, n° 99 – Cass. crim., 10 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 116 – Cass. crim., 21 juin 2001, n° 00-88.258 – Cass. crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 239.

² Cass. crim., 18 juin 2003, *Dr. pénal*, 2003, comm. n° 141, obs. VERON (M.).

³ Art. 222-22 et 222-23 C. pén.

⁴ Art. 222-24, 2° et 4 ; art. 222-28, 2°, 222-29-1 et 222-30 C. pén.

⁵ Cass. ass. plén., 14 février 2003, *Bull. ass. plén.*, n° 1.

⁶ Cass. crim., 7 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 326. En ce sens : Cass. crim., 5 décembre 2007, n° 07-80.068. Voir également : Cass. crim., 28 novembre 2001, n° 01-86.218 – Cass. crim., 28 avril 2004, n° 03-85.789.

⁷ Les juges du fond avaient déduit l'état de contrainte et la surprise du très jeune âge des enfants.

⁸ Cass. crim., 3 septembre 2008, n° 08-84.092 – Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 08-81.180.

⁹ L. n° 2010-121 précitée.

¹⁰ Circ. n° CRIM10 – 3/E8 du 9 février 2010 de *Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi du n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux*, NOR n° JUSD1003942C, p. 2.

¹¹ Selon l'article 222-22-1 du Code pénal, ces deux conditions sont cumulatives. Il faut une différence d'âge et l'exercice d'une autorité.

suffisantes justifiant une mise en examen pour viols¹. L'article 222-22-1 du Code pénal n'établirait donc qu'une présomption d'absence de consentement pour la Haute juridiction. Ce faisant, le législateur a créé une confusion entre élément constitutif de l'infraction et circonstance aggravante. Les critères de l'âge ou du rapport juridique ou de fait figurent à la fois comme un élément constitutif partiel d'une infraction et une circonstance aggravante, ce qui apparaît « *comme une incongruité juridique majeure* »². Cette interférence est aussi susceptible de brouiller l'articulation entre les atteintes sexuelles sur mineur et les agressions sexuelles.

288. L'affaiblissement de la distinction entre l'atteinte sexuelle et l'agression sexuelle par la notion de contrainte morale. – La doctrine s'est interrogée sur la confusion possible entre les qualifications d'atteinte sexuelle et celles d'agression sexuelle. Elle a soulevé le fait que le très jeune âge des victimes permettrait d'établir la contrainte inhérente à l'infraction d'agression sexuelle³. Or, la conception de la contrainte morale introduite à l'article 222-22-1 du Code pénal permet « *de faciliter, quand la victime est mineure, la qualification d'agression sexuelle par rapport à celle d'atteinte sexuelle* »⁴ si les faits revêtent un caractère incestueux. C'est donc une aggravation implicite de la répression au profit des qualifications d'agressions sexuelles⁵. De ce point de vue, « *la rédaction retenue pour définir la contrainte morale implique que l'inceste sera toujours presque commis avec contrainte. La quasi-totalité des faits d'inceste seront donc considérés comme des agressions sexuelles ou des viols et non comme des atteintes sexuelles* »⁶. Il n'existe cependant aucune incrimination spécifique de l'inceste au Code pénal.

¹ Cass. crim., 8 janvier 2013, n° 12-86.715.

² GUERY (C.), précité, *AJ pén.*, 2010, p. 126. Dans le même sens : BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, *Dr. famille*, 2010, étude n° 15 ; LEPAGE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, doct., 335.

³ *Supra*. § 286.

⁴ LEPAGE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, doct., 335. Dans le même sens : BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, *Dr. famille*, 2010, étude n° 15.

⁵ La contrainte morale, résultant de l'âge et de l'exercice d'une autorité de droit ou de fait sur la victime, constitue l'élément constitutif de l'agression sexuelle (art. 222-22, al. 1^{er} C. pén.). Elle est aussi un élément constitutif de l'atteinte sexuelle sans violence commise sur un mineur de plus de quinze ans (art. 227-27, 1^o C. pén.) ou une circonstance aggravante de l'atteinte sexuelle sans violence sur un mineur de quinze ans (art. 227-25 et 227-26, 1^o C. pén.). Dans ce cadre, quel sera le domaine d'application des incriminations d'atteinte sexuelle ? Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence retenait la qualification d'atteinte sexuelle lorsqu'il n'était pas possible de démontrer la violence, la contrainte, la menace ou la surprise nécessaire à l'incrimination d'agression sexuelle (Cass. crim., 29 mars 2006, *RSC*, 2006, p. 828, MAYAUD (Y.) ; voir également : Cass. crim., 18 juin 2003, *Dr. pénal*, 2003, comm. n° 141, obs. VERON (M.)).

⁶ FORT (M.-L.), *Rapport n° 1601 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, p. 25.

ii/ L'incrimination de l'inceste commis sur mineur dans le Code pénal

289. L'incrimination indirecte de l'inceste commis sur un mineur. – L'inceste désigne une relation prohibée entre membres d'une même famille. Le dictionnaire LITRE définit l'inceste comme une « *conjonction illicite entre les personnes qui sont parentes ou alliées au degré prohibé par les lois* »¹. L'inceste commis dans la famille met en péril l'unité de la structure familiale. C'est l'une des violations les plus absolues des droits de l'enfant et un principe fondateur du droit de la famille². Elle aboutit à nier leur parole, leur corps et leur statut³. Le droit civil sanctionne ce comportement, sans le nommer, par des empêchements à mariage en cas d'inceste absolu⁴ ou relatif⁵. Il interdit également à l'enfant né d'un inceste absolu d'être doté de deux liens de filiation⁶. Cette « *pudeur du droit face à l'inceste* »⁷ se retrouve en droit pénal. Il n'existe pas d'infraction spécifique d'inceste dans le Code pénal, mais la législation permet indirectement de réprimer les faits incestueux⁸. Dès lors, si le droit pénal ne nomme pas l'inceste, il ne l'ignore pas⁹. La protection de l'enfant ne paraît donc pas incomplète¹⁰.

La qualité d'ascendant ou de personne qui a autorité de droit ou de fait sur la victime ainsi que la minorité de quinze ans sont pris en compte au titre des circonstances aggravantes pour le crime de viol ou le délit d'agression sexuelle. Ont ainsi été retenus les viols commis par le père¹¹, le grand-père¹², la mère¹³, le parrain¹⁴. En matière de viol, les circonstances aggravantes ne se cumulent pas. Il suffit que la victime soit un mineur de quinze ans ou que l'auteur soit un ascendant ou une personne ayant autorité pour que la peine soit aggravée¹⁵. En matière d'agression sexuelle, les circonstances aggravantes se cumulaient jusqu'à la loi du 5 août 2013¹⁶.

¹ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITRE, V° inceste.

² BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, p. 759.

³ ESTROSI (C.), *Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?*, *Doc. fr.*, 2005, p. 7.

⁴ Art 161 et 162 C. civ.

⁵ Art. 163 et 164 C. civ.

⁶ Art. 310-2 C. civ.

⁷ MAYER (D.), « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.*, 1988, chron., p. 213. En ce sens : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 131.

⁸ En ce sens : RASSAT (M.-L.), « Inceste et droit pénal », *JCP G.*, 1974, I, 2614.

⁹ ESTROSI (C.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2005, p. 42 ; LEPAGE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, doctr., 335.

¹⁰ *Contra.* : NÉRAC-CROISIER (R.), « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », *in* NÉRAC-CROISIER (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 13.

¹¹ Cass. crim., 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 228 – Cass. crim., 3 octobre 2001, n° 00-87.925 – Cass. crim., 28 avril 2011, n° 11-80.617.

¹² Cass. crim., 8 septembre 1998, n° 98-83.444.

¹³ Cass. crim., 27 avril 1994, *Bull. crim.*, n° 157.

¹⁴ Cass. crim., 9 avril 2008, n° 08-80.365.

¹⁵ Art. 222-24 2° et 4° C. pén. La peine est de vingt ans de réclusion criminelle.

¹⁶ L. n° 2013-711 précitée.

L'article 222-29, 1° du Code pénal prévoyait une aggravation de la peine si l'agression sexuelle était commise sur un mineur de quinze ans. Cette peine de sept ans d'emprisonnement était à nouveau aggravée par l'article 222-30, 2° du même Code lorsque l'agression sexuelle sur un mineur de quinze ans était réalisée par un ascendant ou par toute autre personne disposant sur la victime d'une autorité de droit ou de fait. La peine était alors de dix ans d'emprisonnement. Le législateur a supprimé cette double aggravation de la peine. Il a créé un article 222-29-1 du Code pénal selon lequel les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de dix ans d'emprisonnement lorsqu'elles sont imposées à un mineur de quinze ans. Cet ajout législatif rend inopérant la circonstance aggravante liée à la qualité de l'auteur de l'agression sexuelle. Il est même permis de penser qu'elle évince la reconnaissance de la relation sexuelle incestueuse, ce qui contredit l'objet même de la loi du 8 février 2010 tendant à favoriser la reconnaissance de l'inceste¹. Ce « *surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles* »² nuit à la qualité de la norme pénale ainsi qu'à la reconnaissance de la qualité de victime de sa famille à l'enfant³.

Un raisonnement identique gouverne la répression des atteintes sexuelles commises sur un mineur de quinze ans. Le législateur a prévu une circonstance aggravante liée à la qualité de l'auteur des faits. Ainsi, la peine sera aggravée si le délit a été commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait⁴. L'article 227-27 du Code pénal ne contient pas cette circonstance aggravante. Au contraire, il fait de la qualité de l'auteur de l'atteinte un élément constitutif de l'infraction. Il faut qu'elle ait été commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait⁵.

¹ L. n° 2010-121 précitée.

² DARSONVILLE (A.), « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 31.

³ L'agression sexuelle sur un mineur de quinze ans, visée à l'article 222-29-1 du Code pénal, est réprimée comme l'atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait (art. 227-26, 1° C. pén.). Ces deux délits sont punis de dix ans d'emprisonnement. Or, l'identité des peines fait abstraction de la gravité de l'infraction et des éléments constitutifs de chaque délit. En effet, peu importe qu'il y ait ou non un acte de violence, contrainte, menace ni surprise, la peine encourue est la même. En outre, l'article 222-29-1 du Code pénal ignore la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité puisqu'il n'est plus nécessaire de recourir à la double aggravation de peine prévue par le 2° de l'article 222-30 du Code pénal. Afin de rétablir une cohérence législative, il serait possible de prévoir une aggravation spécifique de la peine de l'article 222-29-1 du Code pénal. Un deuxième alinéa pourrait être ajouté selon lequel la peine de dix ans d'emprisonnement est aggravée quand elle est « *commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». Outre la condition de minorité, la qualité de l'auteur de l'infraction serait prise en compte afin de faciliter la reconnaissance implicite de l'inceste. Une peine aggravée de quinze ans de réclusion criminelle pourrait être envisagée, étant donné que le viol aggravé est puni de vingt ans de réclusion criminelle tandis que l'atteinte sexuelle aggravée l'est par une peine de dix ans d'emprisonnement.

⁴ Art. 227-26, 1° C. pén. L'auteur encourt alors une peine de dix ans d'emprisonnement.

⁵ Art. 227-27, 1° C. pén.

290. La reconnaissance infructueuse de l'inceste commis sur un mineur dans le Code pénal. – Afin de renforcer la protection de l'enfant, le législateur a décidé, en 2010, d'inscrire l'inceste commis sur un mineur dans le Code pénal¹. L'idée consistait à répondre aux attentes de victimes en nommant l'inceste comme un crime sexuel spécifique, et en mettant en exergue le particularisme de cet acte commis dans la cellule familiale². Il est vrai que les victimes n'osent pas parler de ce « *tabou des tabous* » sauf à ce que cette situation soit à l'origine d'un débat public³. Autrement dit, l'inceste demeurait antérieurement un mot tabou malgré un dispositif répressif sévère⁴. Le viol, les agressions sexuelles et les atteintes sexuelles ont donc été qualifiées d'incestueuses lorsqu'ils ont été commis « *au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* »⁵. Cette seconde catégorie d'auteur d'une infraction sexuelle incestueuse a été établie pour adapter le droit pénal à la réalité familiale et judiciaire : « *l'auteur des faits n'est pas un membre de la famille, mais [il] occupe une place au sein de cette famille et dispose d'une autorité de droit ou de fait sur la victime* »⁶. De ce point de vue, la définition de l'inceste soulève plusieurs interrogations, notamment quant au sens des termes « au sein de la famille »⁷. Signifient-ils que les protagonistes relèvent d'une même famille, c'est-à-dire les personnes unies entre elles par un lien de parenté et/ou d'alliance, ce qui exclurait les concubins ?

Cette disposition a également été critiquée en raison de l'inutilité même de la qualification pénale retenue et des sanctions envisagées, celles-ci n'ayant pas été modifiées par la loi⁸. En effet, l'inceste n'est pas une qualification autonome bien que certains aient pu affirmer le contraire⁹. Il ne s'agit en réalité que d'une « surqualification »¹⁰. L'infraction sexuelle ne peut revêtir un caractère incestueux que s'il a été préalablement démontré qu'un viol, une agression sexuelle ou

¹ L. n° 2010-121 précitée.

² ESTROSI (C.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2005, p. 8.

³ CYRULNIK (B.), *op. cit.*, Paris : Odile Jacob, 2000, p. 155.

⁴ BETEILLE (L.), *Rapport n° 465 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et l'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes*, *Doc. Sénat*, 2008-2009, p. 8.

⁵ Art. 222-31-1 et 227-27-2 C. pén. aujourd'hui abrogés.

⁶ DARSONVILLE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2011, § 5.

⁷ DETRAZ (S.), « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. pal.*, 2010, n° 63, p. 10 ; DARSONVILLE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2011, § 5.

⁸ BALDES (O.), « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pénal*, 2010, étude n° 7. Egalement : LEPAGE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, doct., 335 ; CORPART (I.), « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal (commentaire de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010) », *RJPF*, 2010-6/10.

⁹ CORPART (I.), précité, *RJPF*, 2010-6/10.

¹⁰ LEPAGE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, doct., 335 ; DOURIS (M.), « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010, tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux : une évolution symbolique en droit des mineurs », *RRJ*, 2011-1, p. 435.

une atteinte sexuelle avait été commis sur la personne du mineur. L'intérêt de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal semble nul dès lors que les qualifications pénales existantes permettaient déjà d'appréhender ce comportement¹. La qualification d'inceste n'a qu'un caractère symbolique. Elle n'est pas une incrimination nouvelle². Monsieur Stéphane DETRAZ a ainsi jugé que « *cette qualification n'a aucun effet pénal substantiel : l'inceste conserve un caractère extra-juridique* »³. Cette tendance inflationniste du droit pénal, décrite par le Doyen CARBONNIER⁴, a été sévèrement sanctionnée par le Conseil constitutionnel.

Suite à deux QPC, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution tant l'article 222-31-1 que l'article 227-27-1 du Code pénal relatifs à la qualification d'inceste⁵. Les sages de la rue Montpensier ont abrogé ces dispositions, à compter de la publication de la décision, en considérant que ces dernières méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines. Ils ont fondé l'abrogation de ces textes sur l'absence de détermination précise des personnes qui doivent être regardées, au sens de ces qualifications, comme des membres de la famille. En effet, la détermination de l'aire de la famille n'est pas aisée⁶ et la référence au « milieu familial » est foncièrement imprécise. C'est la raison pour laquelle cette censure était prévisible, le législateur ayant visé des situations qui étaient familiales en droit, mais aussi en fait. Il aurait dû procéder par énumération limitative, comme c'était le cas dans la proposition de loi initiale, inspirée du rapport « *Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?* »⁷, et adoptée par l'Assemblée Nationale en première lecture⁸. Étaient ainsi visées dans le texte l'ascendant, l'oncle ou la tante, le frère ou la sœur, la nièce ou le neveu et le conjoint, concubin ou partenaire, lié par un pacte civil de solidarité, de l'une de ces personnes. Le Sénat a toutefois préféré remplacer cette énumération par une « *référence générale et volontairement imprécise* »⁹ afin « *de permettre aux juges de tenir compte de l'ensemble des configurations familiales dans lesquelles les violences sexuelles auraient été infligée* »¹⁰. Or, le principe de légalité ne peut « *permettre de déléguer au*

¹ POMART-NOMDEDEO (C.), « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. famille*, 2010, étude n° 20.

² LEPAGE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, doctr., 335 ; DOURIS (M.), précité, *RRJ*, 2011-1, p. 435.

³ DETRAZ (S.), précité, *Gaz pal.*, 2010, n° 63, p. 10.

⁴ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, Paris : Flammarion, 1996, p. 143.

⁵ Cons. const., 16 septembre 2011, *M. Claude N.* [Définition des délits et crimes incestueux], n° 2011-163 QPC – Cons. const., 17 février 2012, *M. Bruno L.* [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses], n° 2011-222 QPC.

⁶ NEIRINCK (C.), « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille », *Dr. famille*, 2011, repère n° 4. Voir également : HAUSER (J.), « Préliminaires : définir la famille par l'inceste (Cons. const. déc. 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC) », *RTD civ.*, 2011, p. 752.

⁷ ESTROSI (C.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2005, p. 45.

⁸ *Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes*, adoptée le 28 avril 2009 en première lecture, texte n° 270 « petite loi », *Doc. AN*, XIII^{ème} législature.

⁹ BETEILLE (L.), *Rapport n° 465* précité, *Doc. Sénat*, 2008-2009, p. 31.

¹⁰ BETEILLE (L.), *Rapport n° 465* précité, *Doc. Sénat*, 2008-2009, p. 5.

juge le pouvoir de faire en fonction des circonstances »¹, ce d'autant plus que la loi pénale est d'interprétation stricte². Le 12 octobre 2011, la Cour de cassation a tiré les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2011³. Dans trois arrêts, elle a annulé les condamnations retenant la qualification de viol ou d'agression sexuelle incestueuse sur le fondement de l'article 222-31-1 du Code pénal⁴.

Aujourd'hui, l'inceste n'a pas disparu du Code pénal. Il subsiste dans un paragraphe 3 intitulé « *de l'inceste commis sur les mineurs* ». Néanmoins, le législateur ne renvoie à ce concept qu'au titre des conséquences d'un viol ou d'une agression commise par une personne titulaire de l'autorité parentale⁵.

B/ Les conséquences procédurales de la protection pénale du mineur victime de sa famille

291. La recevabilité de l'action en réparation du préjudice de l'enfant né d'une relation incestueuse. – Aux termes de l'alinéa premier de l'article deux du Code de procédure pénale, « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». Cette action est « *recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite* »⁶. La Cour de cassation considère ainsi que les proches de la victime d'une infraction « *sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et qui découle directement des faits, objet de la poursuite* »⁷. Il est donc permis de se demander si le préjudice de l'enfant né d'un viol incestueux peut être indemnisé⁸, sachant que la Cour de cassation admet la

¹ LETURMY (L.), MASSE (M.), « Inceste : incriminer le tabou », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 85.

² Art. 111-4 C. pén.

³ Cons. const., 16 septembre 2011, *M. Claude N.* [Définition des délits et crimes incestueux], n° 2011-163 QPC.

⁴ Cass. crim., 12 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 206, 207 et 208 (3 arrêts). Voir également : Cass. crim., 15 février 2012, n° 11-83.393.

⁵ *Supra*. § 257.

⁶ Art. 3, al. 1^{er} C. pr. pén.

⁷ Cass. crim., 4 février 1998, *Bull. crim.*, n° 43 – Cass. crim., 23 novembre 2009, *Bull. crim.*, n° 182.

⁸ Le mineur peut faire l'objet d'une expertise médico-psychologique aux fins d'apprécier la nature et l'importance du préjudice qu'il a subi et d'établir si celui-ci rend nécessaire des traitements ou des soins appropriés (art. 706-48 C. pr. pén.). Il faut cependant que l'enfant ait été victime de l'une des infractions visées par l'article 706-47 du Code de procédure pénale c'est-à-dire les infractions de meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteintes sexuelles, de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-4-1 à 225-4-4, 225-7 (1^o), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du Code pénal.

réparation tant du dommage né de l'infraction que celui découlant de l'enquête et de l'audience¹. L'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles dispose, en son premier alinéa, que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »². Autrement dit, cette disposition fait-elle obstacle à la reconnaissance du dommage subi par l'enfant ? L'article L. 114-5 du Code précité rend irrecevable toute action en responsabilité uniquement fondée sur le seul fait d'être né. Il n'interdit toutefois pas au mineur de demander la réparation du préjudice qu'il a subi en raison des circonstances qui entourent sa conception et sa naissance. Or ici, le viol incestueux et la conception sont concomitants³, ce qui permet de penser que l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* devrait s'appliquer. Avant que la loi du 4 mars 2002⁴ ne crée l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, la Cour de cassation avait admis que la constitution de partie civile faite au nom d'un enfant, né des relations incestueuses imposées par un père à sa fille mineure, pouvait être déclarée recevable⁵. Cette solution a été confirmée le 23 septembre 2010 par la Haute juridiction⁶. Dans cette espèce, la Cour de cassation a jugé qu'« aux termes de l'article 3 du Code de procédure pénale, l'action civile est recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découlent des faits, objet de la poursuite » et que « le préjudice indemnisé, en l'espèce, ne résulte pas de la seule naissance de l'enfant », ce dernier étant né des relations incestueuses que

¹ Cass. crim., 14 décembre 2010, n° 10-80.909.

² Cette disposition a été introduite par la loi du 4 mars 2002 (L. 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). Elle est la conséquence de l'arrêt *Perruche* rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 2000 (Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, *Bull. ass. plén.*, n° 9). Dans cette espèce, la Haute juridiction avait admis que l'indemnisation du dommage subi par un enfant né handicapé, en raison des fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec la mère. Ces fautes avaient empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap. Des décisions ultérieures de la Cour de cassation ont confirmé le principe de l'indemnisation de l'enfant tel qu'il a été adopté dans l'arrêt *Perruche* (Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 10 – Cass. ass. plén., 28 novembre 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 15 – Cass. ass. plén., 28 novembre 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 16). L'application immédiate du nouveau dispositif a cependant été jugée contraire à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Cour EDH, gr. ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03 – Cour EDH, gr. ch., 6 octobre 2005, *Maurice c/ France*, req. n° 11810/03). Le Conseil constitutionnel, saisi par une QPC, a également estimé que l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles ne s'appliquait pas aux instances engagées avant le 7 mars 2002 (Cons. const., 11 juin 2010, *M. Viviane L.* [Loi dite "anti-Perruche"], n° 2010-2 QPC, considérant n° 23). Le Conseil d'Etat a suivi la position des sages de la rue Montpensier (CE, ass., 13 mai 2011, *M. Lasalle*, n° 329290 – CE, 5^e et 4^e s.-sect. réunies, 31 mars 2014, n° 345812), ce qui n'est pas le cas de la Cour de cassation qui semble se référer à la date de la naissance de l'enfant et non à la date de l'introduction de l'instance pour l'application de la loi du 4 mars 2002 (Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, *Bull. civ. I*, n° 216).

³ En effet, « l'inceste est le fait dont est résulté la conception de l'enfant » (CAYOL (A.), « Le préjudice résultant d'une naissance à la suite d'un inceste, note sous Cass. crim., 23 sept. 2010 », *Petites affiches*, 30 décembre 2010, n° 260, p. 9).

⁴ L. n° 2002-303 précitée.

⁵ Cass. crim., 4 février 1998, *Bull. crim.*, n° 43. Voir déjà : TGI Lille, 6 mai 1996, *D.*, 1997, jurispr., p. 543, note LABBEE (X.).

⁶ Cass. crim., 23 septembre 2010, *Bull. crim.*, n° 141. Pour une solution similaire en cas de viol non incestueux : Cass. crim., 23 septembre 2010, *Bull. crim.*, n° 139.

le père de la victime lui avait imposées. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel ayant déclaré recevable l'action de la mère, qui a agi en qualité de représentante légale de son fils mineur, et ayant condamné le préjudice moral du mineur¹. L'enfant issu d'une procréation incestueuse est dès lors considéré comme une victime. Par conséquent, il doit nécessairement être représenté au cours de la procédure pénale diligentée contre l'un des membres de sa famille. A cet égard, « *hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du Code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit* »².

292. La représentation du mineur. – La Cour européenne des Droits de l'Homme a consacré l'obligation positive pour les Etats de mettre en place un régime procédural spécifique en cas de violences commises sur des victimes mineures, en particulier lorsqu'il s'agit d'infractions à caractère sexuel. Les juges européens estiment que les obligations contractées par un Etat, en vertu des articles 3 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, exigent que l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté, afin de favoriser la protection de ce dernier et pour tenir compte des particularités inhérentes à la minorité³.

En principe, les mineurs sont représentés en justice par leurs représentants légaux. Cette solution n'est toutefois pas efficace si ces derniers sont les auteurs d'une infraction sur la

¹ Dans cette espèce, la cour d'appel a fondé la réparation du préjudice moral de l'enfant sur le traumatisme lié à la connaissance par ce dernier des faits entourant sa conception, et sur les difficultés qu'il rencontrera pour se construire en raison de la filiation incestueuse. Les juges du fond ont également pris en compte l'impossibilité pour le mineur de faire établir son lien de filiation paternel en application de l'article 310-2 du Code civil, ce qui le prive ainsi de sa véritable filiation. Autrement dit, les circonstances qui ont entouré sa naissance l'ont privé de toute construction identitaire, en raison de l'absence de recherche paternité possible. Ces différents postes de préjudice avaient déjà été pris en considération par d'autres juridictions du fond (TGI Lille, 6 mai 1996, *D.*, 1997, jurispr., p. 543, note LABBEE (X.) – CA Grenoble, 29 juin 2005, Jurisdata n° 2005-288046). Si le principe de l'interdiction d'établir le double lien de filiation en cas d'inceste est catégoriquement posé par la loi, il l'est aussi par la jurisprudence. La Cour de cassation a jugé que l'adoption d'un enfant né d'un inceste est une fraude à la loi et un détournement de l'adoption en ce qu'elle contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 310-2 du Code civil (Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, *Bull. civ.* I, n° 2 ; *JCP G.*, II, 10064, note LABRUSSE-RIOU (C.)). Le préjudice matériel de l'enfant pourra être indemnisé en raison de l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'hériter de son père, ce d'autant plus qu'il n'aura pas la qualité d'héritier réservataire. A ce titre, une cour d'appel a indemnisé la perte de chance de l'enfant de pouvoir hériter de son père au même rang que sa mère (CA Grenoble, 29 juin 2005, Jurisdata n° 2005-288046). Enfin, l'action à fin de subsides, prévues aux articles 342 et suivants du Code civil, ne permet pas d'établir la filiation incestueuse entre l'enfant et son père. Sa finalité est limitée. Cette action ne revêt qu'un aspect matériel même si elle permet de reconnaître, dans une certaine mesure, la filiation incestueuse.

² Cass. avis, 25 mars 2013, n° 12-70.019.

³ Cour EDH, 20 mars 2012, *Des CAS et CS c/ Roumanie*, req. n° 26692/05, § 82.

personne de leur enfant ou s'ils sont très proches des auteurs des faits. La protection du mineur n'est alors pas complètement assurée, car le cadre familial dans lequel les faits ont été commis dénie toute protection effective à l'enfant victime de sa famille. C'est la raison pour laquelle l'article 706-50 du Code de procédure pénale prévoit que « *le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux* ». Toute infraction intentionnelle est susceptible de donner lieu à la désignation d'un administrateur *ad hoc*¹, ce qui permet de reconnaître à l'enfant sa qualité de victime². En pratique, il s'agira principalement de faits de violences physiques, psychologiques et sexuelles³. Il importe peu que ces faits aient été commis par un titulaire de l'autorité parentale. La nomination de l'administrateur *ad hoc* est possible en cas de commission des faits par le conjoint, le partenaire ou le concubin du titulaire de l'autorité parentale⁴. Ce mandataire *ad hoc* est choisi parmi les proches de l'enfant ou sur une liste de personnalités⁵, ce qui exclut toute intervention ultérieure du représentant légal du mineur⁶. Si l'administrateur *ad hoc* n'a pas été désigné sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation admet que le juge des tutelles puisse procéder à la nomination de celui-ci en application de l'article 388-2 du Code civil⁷. Or, la formule de l'article 706-50 du Code de procédure pénale semble plus large et plus subjective⁸ que celle de l'article 388-2 du Code civil, qui permet la désignation de l'administrateur *ad hoc* en cas d'opposition

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1944.

² En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Petites affiches*, 7 mars 1997, n° 29, p. 9.

³ La loi du 8 février 2010 (L. n° 2010-121 précitée) avait rendu obligatoire la désignation de l'administrateur *ad hoc* si « *les faits sont qualifiés d'incestueux au sens des articles 222-31-1 ou 227-27-2 du code pénal, [...], sauf décision spécialement motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction* ». Cette disposition avait inversé, en cas d'inceste, la règle de droit commun en matière de représentation du mineur victime d'une infraction pénale. L'abrogation des articles 222-31-1 et 227-27-2 du Code pénal par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 16 septembre 2011, *M. Claude N.* [Définition des délits et crimes incestueux], n° 2011-163 QPC – Cons. const., 17 février 2012, *M. Bruno L.* [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses], n° 2011-222 QPC) a privé cette obligation d'effectivité. C'est pourquoi la loi du 5 août 2013 (L. n° 2013-711 précitée, art. 6) a supprimé cette deuxième phrase de l'article 706-50 du Code de procédure pénale.

⁴ ROLLAND (R.), « La protection du mineur victime d'infraction sexuelle (loi du 17 juin 1998) », *RDSS*, 1998, p. 892.

⁵ Art. 706-51 C. pr. pén.

⁶ Cass. crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 266. Ces derniers peuvent cependant interjeter appel de l'ordonnance de désignation de l'administrateur *ad hoc* (Cass. crim., 16 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 3).

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 390.

⁸ Nonobstant les situations où les deux parents sont mis en cause, il existe de nombreuses hypothèses où ces derniers minimisent l'impact de l'infraction sur le mineur, ou au contraire l'exagèrent. Les représentants légaux du mineur demeurent alors enfermés dans des problématiques familiales, que l'infraction a révélées, et ne prennent pas suffisamment en considération la défense des intérêts de leur enfant. Cette situation peut, par exemple, se rencontrer avec l'ambiguïté de la mère face à l'incarcération du père ou du beau-père de l'enfant. Dans ce cas, la désignation de l'administrateur *ad hoc* doit être rapidement réalisée pour assurer la représentation de la victime mineure en toute indépendance du contexte parental et familial.

d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux¹. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation abondent en ce sens². La décision de recourir à l'administrateur *ad hoc* sur le fondement du droit civil doit toutefois demeurer limitée à l'hypothèse d'une inertie du juge d'instruction ou du procureur de la République³. Quoiqu'il en soit, l'administrateur *ad hoc* pourra exercer les droits de l'enfant dans la procédure en raison de son défaut de capacité.

293. La représentation du mineur en droit prospectif. – Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de permettre l'exercice de ses droits par le mineur victime d'une infraction pénale⁴. Plus précisément, il est suggéré de conférer au mineur de seize à dix-huit ans la possibilité de se constituer partie civile⁵ dans le cadre d'une procédure pénale relative à l'infraction dont il est victime, sans être assisté d'un administrateur *ad hoc*⁶. Cette proposition s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. La Cour de Strasbourg a sanctionné un Etat pour n'avoir offert aucun recours adéquat, de caractère civil ou pénal, à une mineure, dont le beau-père a tenté de la filmer, nue dans la salle de bain, alors qu'elle n'avait que quatorze ans⁷. Afin de justifier leur proposition, les auteurs constatent que « *la loi pénale traite avec plus de sévérité les mineurs délinquants de seize à dix-huit ans, considérant que ces derniers sont conscients leurs actes* » et que le mineur dispose d'une capacité exceptionnelle en matière d'assistance éducative⁸. Le danger encouru par le mineur justifie sa participation à sa propre protection devant le juge des enfants. *A fortiori*, s'il est victime d'une infraction pénale, ce devrait être également le cas puisque le danger s'est réalisé. Ce seuil d'âge de seize ans fait toutefois abstraction de la circonstance aggravante de minorité de

¹ NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 2000, I, 228 ; GOUTTENOIRE (A.), « Enfance », *Rép. pén. Dalloz*, 2004, § 127 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1944.

² Cass. crim., 28 janvier 1996, *Bull. crim.*, n° 98 – Cass. crim., 31 janvier 2001, n° 00-84.453 – Cass. crim., 23 janvier 2002, n° 01-83.505.

³ Si l'administrateur *ad hoc* est désigné en application de l'article 388-2 du Code civil, il sera choisi selon les règles fixées à l'article 1210-1 du Code de procédure civile.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 35 et s.

⁵ Cette possibilité a été rejetée en jurisprudence en raison du défaut de capacité du mineur (CA Douai, 18 décembre 1991, *D.*, 1992, jurispr. p. 75, note PROTHAIS (A.) – Cass. crim., 16 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 236 ; *D.*, 1992, jurispr. p. 75, note PROTHAIS (A.)).

⁶ L'article 706-50 du Code de procédure pénale serait modifié en ce sens. Un article 389-9 du Code civil serait également créé.

⁷ Cour EDH, 12 novembre 2013, *Söderman c/ Suède*, req. n° 5786/08, § 117. La Cour relève que l'acte en question a porté atteinte à l'intégrité de la jeune fille et était d'autant plus grave que celle-ci était mineure, que l'incident s'était produit à son domicile, où elle était censée se sentir en sécurité, et que l'auteur n'était autre que son beau-père, une personne à qui elle devait pouvoir faire confiance.

⁸ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 36. Un autre groupe de travail propose de reconnaître une pré-majorité civile du mineur à l'âge de seize ans en raison des conséquences que cet acte emporte en matière pénale (ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 154).

quinze ans pour l'enfant victime. En outre, il ne prend pas en compte les atteintes sexuelles commises sur un mineur de quinze à dix-huit ans¹. Cela signifie qu'un mineur de quinze ans et demi ne pourrait pas se constituer partie civile selon cette proposition et la jurisprudence de la Cour de cassation². C'est pourquoi il conviendrait d'abaisser à quinze ans le seuil d'âge à compter duquel l'enfant pourrait se constituer partie civile seul, ou de relever la circonstance aggravante de minorité à seize ans. Cette seconde solution paraît la plus cohérente avec la volonté de retenir une pré-majorité civile à seize ans, ce d'autant plus qu'elle assurerait une meilleure protection du mineur victime de sa famille³. Elle s'accorderait également avec l'article L. 131-1 du Code de l'éducation qui organise l'obligation scolaire pour tous les enfants de six à seize ans.

294. Les missions de l'administrateur *ad hoc*. – En droit positif, le mineur ne peut pas se constituer partie civile. C'est l'administrateur *ad hoc* qui exercera ses droits et se constituera partie civile au nom de l'enfant⁴. Ce mandataire *ad hoc* a effectivement pour mission d'assurer la protection des intérêts du mineur et d'exercer, s'il y a lieu, au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile⁵. Il peut ainsi désigner un avocat, notamment pour formuler des demandes d'actes ou pour assister le mineur lors de l'audition. Au demeurant, l'administrateur *ad hoc* n'a pas qu'une mission procédurale. Il accomplit aussi une mission d'accompagnement de l'enfant dans une perspective éducative⁶ et humaine⁷. Il est présent aux côtés du mineur tout au long du processus pénal, ce qui lui permet d'accomplir des missions d'écoute, de soutien et d'information de l'enfant. A cet égard, il peut lui expliquer les différentes étapes de la procédure, le rôle des intervenants. Il le prépare également aux moments importants de la procédure : auditions, confrontations, expertises, et enfin procès pénal⁸. Dès lors, l'administrateur *ad hoc* a, en matière pénale, une fonction d'accompagnement juridique et humain de l'enfant victime, de l'enquête initiale jusqu'à la juridiction de jugement⁹.

¹ Art. 227-27 C. pén.

² Cass. crim., 16 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 236 ; *D.*, 1992, jurispr. p. 75, note PROTHAIS (A.).

³ En outre, si le mineur est apte à exercer ses droits à seize ans, c'est qu'il n'est, dans une certaine mesure, plus vulnérable. Or, la minorité de quinze ans a justement pour objet de prendre en compte la vulnérabilité de l'enfant. Dans un souci de cohérence, il convient donc de retenir un seuil d'âge unique, celui de seize ans.

⁴ Un parent ne peut dès lors pas se constituer partie civile au nom de l'enfant (Cass. crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 266).

⁵ Art. 706-50 C. pr. pén.

⁶ NASTORG (L.), « L'administrateur *ad hoc* et la parole de l'enfant dans la procédure pénale : pratique d'un administrateur *ad hoc* », *AJ pénal*, 2014, p. 16 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1946.

⁷ GARDE-LEBRETON (S.), précité, *Dr. famille*, 2006, étude n° 33.

⁸ NASTORG (L.), précité, *AJ pénal*, 2014, p. 16

⁹ PORCHY (M.-P.), « L'administrateur *ad hoc* en matière pénale », *D.*, 2004, chron., p. 2732.

295. L'audition du mineur victime de sa famille. – L'article 706-53 du Code de procédure pénale détermine les personnes qui peuvent être présentes lors des auditions ou des confrontations du mineur réalisées au cours de l'enquête ou de l'information. Ces dispositions ont été « *édictees dans l'intérêt du mineur* »¹, afin d'assurer sa protection durant la procédure pénale. En effet, les formalités prévues à l'article 706-53 du Code de procédure pénale ont pour finalité exclusive la protection des mineurs victimes d'infractions pénales². Ainsi, l'administrateur *ad hoc* peut être présent lors des auditions ou des confrontations du mineur victime de sa famille, lorsque l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale a été commise. Sa présence sera requise par le procureur de la République ou le juge d'instruction, comme celle d'un membre de la famille, d'un médecin spécialiste de l'enfance, d'un psychologue³ ou d'une personne chargée d'un mandat du juge des enfants⁴. Dans la mesure où l'infraction a été réalisée dans un cadre familial, l'implication éventuelle d'un membre de la famille ne paraît pas souhaitable, sauf à ce que cette présence contribue réellement à sécuriser l'audition du mineur. A l'inverse, la présence d'un professionnel de l'enfance permet de créer un rapport de confiance et un climat sécurisant pour le mineur dans la phase préalable à l'audition. Elle est également utile lors des temps de pauses éventuelles. Le professionnel de l'enfance peut être amené à échanger avec le mineur afin de préparer le prochain temps d'audition. Enfin, lors de l'audition, il pourra discerner l'existence d'évènements traumatiques chez l'enfant, voire favoriser la libération de la parole du mineur en l'aidant à s'exprimer. Depuis, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007⁵ le mineur, victime d'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, doit en outre être assisté d'un avocat lorsqu'il est entendu par le juge d'instruction⁶.

296. L'enregistrement audiovisuel des auditions. – Le législateur s'est efforcé d'améliorer le recueil de la parole de l'enfant en organisant son assistance au cours des auditions ou confrontations accomplies lors de l'enquête ou de l'information. Le caractère délicat et primordial de ce processus est d'autant plus marqué lorsqu'il s'agit d'une infraction à caractère

¹ Cass. crim., 3 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 199.

² Cass. crim., 3 mai 2007, n° 06-83.440.

³ La Cour de cassation a également admis la présence du psychologue de l'enfant (Cass. crim., 3 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 199).

⁴ Il peut s'agir d'une personne *a priori* déjà mandatée par le juge des enfants lorsque la procédure d'assistance éducative préexiste à la procédure pénale. La personne peut également être spécialement mandatée par le juge des enfants si l'ouverture de la procédure d'assistance éducative est concomitante à la procédure pénale.

⁵ L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JO*, 6 mars 2007, p. 4206.

⁶ Art. 706-51-1 C. pr. pén. Le texte précise qu'à « *défait de désignation d'un avocat par les représentants légaux du mineur ou par l'administrateur ad hoc, le juge avise immédiatement le bâtonnier afin qu'il commette un avocat d'office* ».

sexuel¹. C'est la raison pour laquelle le législateur a rendu l'enregistrement audiovisuel de l'audition du mineur obligatoire durant l'enquête et l'information². A l'origine, le consentement du mineur était nécessaire, ou à défaut celui de son représentant légal, pour pouvoir procéder à l'enregistrement de l'audition³. La loi du 5 mars 2007⁴ a supprimé la nécessité d'obtenir l'accord du mineur. La finalité de l'enregistrement audiovisuel est d'éviter la répétition traumatisante des auditions du mineur victime au cours de la procédure⁵. Il favorise également la prise en compte des attitudes de l'enfant ou de son comportement de meilleure manière que ne le permet une retranscription de son témoignage par procès-verbal⁶. Enfin, l'enregistrement permet de ne pas revenir sur des faits précédemment abordés. La création de lieux spécifiquement dédiés au recueil filmé de l'audition, ainsi qu'à la prise en charge médicale de l'enfant victime, a été encouragée depuis 2005⁷. Des salles dites « Mélanie » ont aussi été créées afin de favoriser l'écoute et la libération de la parole de l'enfant⁸. Les propos de l'enfant doivent néanmoins être accueillis avec circonspection. Ils ne doivent pas être interprétés, surtout qu'il existe un risque de distorsion de sa parole en cas de répétitions des auditions⁹. L'enfant « *dit ce qu'il pense utile, dans la situation où il se trouve. Sa sincérité peut n'avoir rien de commun avec la vérité* »¹⁰. Il n'en demeure pas moins que « *donner la parole à un enfant dans un procès qui le concerne est un moyen technique et éthique de lui reconnaître le droit de conquérir progressivement son espace de liberté avec l'aide des adultes* »¹¹, ce qui lui permet de participer activement à sa protection.

297. L'articulation des procédures pénale et d'assistance éducative. – L'article 706-49 du Code de procédure pénale oblige le procureur de la République à informer sans délai le juge des enfants de l'existence d'une procédure concernant un mineur victime d'une infraction visée à l'article 706-47 du même Code. Si une procédure d'assistance éducative a été ouverte à l'égard de cet enfant, il devra lui transmettre toutes les pièces utiles. Il existe donc une collaboration entre le

¹ BONFILS (P.), « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », *AJ pén.*, 2014, p. 10.

² Art. 706-52, al. 1^{er} C. pr. pén. L'enregistrement peut être exclusivement sonore sur décision du procureur de la République ou du juge d'instruction, si l'intérêt du mineur le justifie (Art. 706-52, al. 2 C. pr. pén.).

³ L. n° 98-468 précitée.

⁴ L. n° 2007-291 précitée.

⁵ L'enregistrement pourra ainsi être ultérieurement utilisé, notamment lors de la phase de jugement devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises. Le mineur n'aura ainsi pas à être confronté à l'auteur de l'infraction.

⁶ ROLLAND (R.), précité, *RDSS*, 1998, p. 892 ; BONFILS (P.), précité, *AJ pén.*, 2014, p. 10 ; ZARLOWSKI (C.), « L'audition du mineur victime », *AJ pén.*, 2014, p. 13.

⁷ Circ. DACG n° 2005-10 du 2 mai 2005 relative à l'amélioration du traitement judiciaire des procédures relatives aux infractions de nature sexuelle, NOR : JUSD0530075C, p. 5.

⁸ Sur la procédure dite « Mélanie » : RAYMOND (G.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006, § 555.

⁹ ZARLOWSKI (C.), précité, *AJ pén.*, 2014, p. 13.

¹⁰ BRISSET (C.), *Rendre justice aux enfants*, Paris : Anne Carrière, 2006, p.133. Voir également : BÉCHILLON (M. de), CHOULOT (J.-J.), précité, in NERAC-CROISIER (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 49.

¹¹ GEBLER (M.-J.), « Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.*, 1989, chron., p.118.

ministère public et le juge des enfants pour que la procédure d'assistance éducative soit efficiente à l'égard de l'enfant victime¹. En effet, l'ouverture d'une information pénale ne garantit pas nécessairement la protection de l'enfant victime de sa famille et seule la procédure civile peut permettre de mettre fin au danger². A cet égard, si la procédure d'assistance éducative ne préexiste pas à la procédure pénale³, une saisine du juge des enfants pourra être réalisée et une communication devra être organisée entre les différentes juridictions par l'intermédiaire du procureur de la République⁴. Une articulation est dès lors nécessaire entre les deux procédures afin que l'intérêt et la protection de l'enfant victime de sa famille, ainsi que la bonne administration de la justice, soient garantis⁵. Le juge des enfants sera informé des avancées et des résultats de la procédure pénale tandis que la juridiction pénale le sera relativement à l'évolution de la procédure d'assistance éducative⁶. Le droit garantit ainsi la protection effective du mineur en permettant au juge des enfants de fonder sa décision sur des éléments de la procédure pénale⁷, mais également en évitant des contrariétés de décisions⁸. Actuellement limitée aux infractions de nature sexuelle⁹, cette coopération entre le ministère public et le juge des enfants devrait être étendue à toutes les infractions dont pourraient être victime le mineur.

298. La prescription de l'action publique. – La volonté de protéger le mineur victime d'une infraction pénale, en particulier lorsqu'elle revêt un caractère sexuel, a conduit le législateur à lutter contre l'écoulement des délais de prescription de l'action publique. Cet obstacle à l'exercice des poursuites contre l'auteur d'une infraction envers un mineur est d'autant plus grand que le défaut de capacité de ce dernier ne lui permet pas d'agir avant l'âge de dix-huit ans¹⁰. En outre, l'exercice de l'action par ses représentants légaux peut s'avérer délicate si l'infraction commise présente un caractère familial. Il est possible que la prescription de l'action

¹ RAYMOND (G), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2010, § 36.

² Circ. DACG n° 2005-10 du 2 mai 2005 précitée, NOR : JUSD0530075C, p. 7.

³ Lorsque la procédure d'assistance éducative ne préexiste pas à la procédure pénale et si l'intervention à ce titre ne doit pas être « systématique, [...] la pratique révèle que dans la très grande majorité des cas, les faits de violences sexuelles, notamment intra-familiales, sont constitutifs d'un danger au sens de l'article 375 du Code civil et la saisine du juge des enfants s'impose pour protéger le mineur » (Circ. DACG n° 2005-10 du 2 mai 2005 précitée, NOR : JUSD0530075C, p. 7).

⁴ Dans le même sens, le ministère public doit assurer la communication des pièces du dossier d'assistance éducative et des décisions du juge des enfants à la juridiction pénale de jugement. Celle-ci doit effectivement être informée de l'évolution de la procédure d'assistance éducative.

⁵ Circ. DACG n° 2005-10 du 2 mai 2005 précitée, NOR : JUSD0530075C, p. 7.

⁶ Circ. DACG n° 2005-10 du 2 mai 2005 précitée, NOR : JUSD0530075C, p. 7.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, n° 05-13.627.

⁸ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832, Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant*, t. 1, Doc. AN, XII^{ème} législature, p. 329.

⁹ La seule exception concerne les actes de torture et barbarie.

¹⁰ Sauf à admettre que le mineur de seize ans puisse se constituer partie civile (*supra*. § 293).

publique soit acquise au terme des délais légaux¹, ce qui paralyserait l'exercice de toute poursuite. Le législateur a donc aménagé les délais de prescription applicables aux mineurs². Ainsi, « *le droit positif combine un allongement de la prescription et un recul de son point de départ* »³.

L'alinéa troisième de l'article 7 du Code de procédure pénale organise un allongement du délai de prescription de l'action publique en matière criminelle. Ce délai est porté à vingt ans pour les infractions prévues à l'article 706-47 du même Code dès lors qu'elles ont été commises sur un mineur : meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, viol simple ou aggravé, tortures ou actes de barbarie, proxénétisme à l'égard d'un mineur de quinze ans, traite des êtres humains aggravée, ou enfin violence aggravée sur un mineur de quinze ans ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. L'article 8, alinéa deuxième du Code de procédure pénale procède de manière identique pour les délits commis contre les mineurs. Le délai de prescription de l'action publique est porté à dix ans pour les délits prévus à l'article 706-47 précité : agression ou atteinte sexuelle, proxénétisme sur mineur âgé de quinze à dix-huit ans, recours à la prostitution d'un mineur, traite des êtres humains, corruption de mineur, exploitation à caractère pornographique de l'image d'un mineur, diffusion de message à caractère violent ou pornographique susceptible d'être vus par un mineur. Cet article 8 du Code de procédure pénale prévoit également un allongement du délai de prescription de l'action publique jusqu'à vingt ans pour les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sur un mineur de quinze ans, l'agression sexuelle aggravée ou l'atteinte sexuelle aggravée. Afin de faciliter la répression de ces faits, le législateur a organisé un recul du point de départ du délai de prescription de l'action publique. Tant dans l'article 7 que dans l'article 8 du Code de procédure pénale, le délai ne commence à courir qu'à compter de la majorité de la victime, ce qui n'interdit pas l'exercice des poursuites avant⁴. La combinaison de ces différents aménagements pose la question de l'imprescriptibilité de l'action publique en fait ou en droit en cas d'infractions commises contre des mineurs⁵. Dans une perspective préventive et dissuasive, il a par ailleurs été proposé de rendre imprescriptibles les crimes sexuels commis sur les mineurs⁶. Conséquence d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 2013⁷, une proposition de loi a ainsi été

¹ Par principe, les délais de prescriptions de l'action publique sont de dix ans (crimes), trois ans (délits) et un an (contravention) selon les articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale.

² Pour une application concrète des règles applicables à la prescription de faits d'agression sexuelle commis sur une mineure de quinze ans par personne ayant autorité : Cass. crim., 4 décembre 2012, n° 12-86.347.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1967.

⁴ Cass. crim., 30 novembre 1994, *Bull. crim.*, n° 389.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1967.

⁶ *Proposition de loi n° 230 visant à assurer l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis sur les mineurs*, Doc. AN, XIII^{ème} législature.

⁷ Cass. crim., 18 décembre 2013, n° 13-81.129 (dans cette espèce, la Haute juridiction a refusé d'appliquer sa jurisprudence relative aux infractions occultes ou dissimulées, à des faits de viol commis dans l'enfance à une

déposée au Sénat le 13 février 2014, afin que le délai de prescription des infractions susmentionnées « *ne commencent à courir qu'à partir du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions lui permettant d'exercer l'action publique* »¹. Face aux risques sérieux d'inconstitutionnalité soulevés au regard du principe de légalité des délits et des peines et du principe d'égalité², des amendements ont été déposés lors des débats parlementaires, afin de prolonger les délais de prescription prévues aux articles 7 et 8 du Code de procédure pénale³. La proposition de loi adoptée le 28 mai 2014 envisage ainsi de prolonger et de permettre l'exercice de l'action publique durant trente ans dans le cadre de l'article 7 du Code de procédure pénale et vingt ou trente ans pour les situations régies par l'article 8 du même Code⁴.

Conclusion du chapitre 2

299. Protection de la société et protection de l'enfant. – Les mesures de suppléance de la famille ont pour vocation de protéger l'enfant et la société. En effet, la famille et la société ont un intérêt commun à ce que l'enfant soit préservé contre des atteintes à sa personne. Cet objectif se justifie par le fait que le mineur a vocation à s'insérer dans la société⁵. La famille est une instance de socialisation qui permet à l'enfant de s'intégrer dans la société. Il arrive cependant que la cellule familiale ne remplisse pas son rôle intégrateur, ce qui empêcherait l'enfant de trouver une place reconnue dans la société et de se construire une identité sociale. Ce sont pour ces raisons que le législateur est intervenu afin de protéger l'enfant et la société lorsque la famille faillit à sa mission et ne garantit pas le développement du mineur. Il a donc organisé un dispositif de suppléance de la famille, qui conduit à écarter totalement ou partiellement certains de ses membres. Un tiers sera ainsi désigné pour remplacer les parents, qui font défaut, et apporter ce qui manque à l'enfant. C'est ce tiers qui exercera en tout ou partie l'autorité parentale à la place

personne qui, victime d'amnésie traumatique consécutive, n'a pris conscience de ces faits que trente-quatre ans plus tard ; elle a approuvé la cour d'appel qui a estimé qu'« *aucun texte et aucune décision de justice n'ont fixé son point de départ à la date à laquelle la victime en avait eu connaissance* »).

¹ Proposition de loi n° 368 modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, Doc. Sénat, 2013-2014.

² KALTENBACH (P.), Rapport n° 549 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Mmes Muguette DINI, Chantal JOUANNO et plusieurs de leurs collègues, modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, Doc. Sénat, 2013-2014, p. 18-19. En effet, le loi introduirait une incertitude sur le point de départ du délai de prescription, qui ne dépendrait que de la victime. En outre, en faisant reposer le point de départ du délai de prescription sur l'évolution du psychisme de la victime, la proposition de loi aboutirait, dans certains cas limites, à une imprescriptibilité *de facto* des faits commis.

³ Amendement n° 2 et 3, 28 mai 2014, présenté par Monsieur Philippe KALTENBACH.

⁴ Proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, adoptée le 28 mai 2014 en première lecture, texte n° 126 « petite loi », Doc. Sénat, 2013-2014, art. 1 et 2.

⁵ En ce sens : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010, p. 4.

des père et mère. Cet exercice confisqué de l'autorité parentale est parfois insuffisant pour protéger le mineur et *a fortiori* la société contre les défaillances familiales. La gravité des carences de la famille justifie alors la sanction de l'exercice de l'autorité parentale tant en droit civil qu'en droit pénal. Si la loi intervient pour protéger la cohésion de la famille, elle régit également les relations intrafamiliales. Si ces dernières sont absentes ou ne garantissent pas l'adaptation sociale du mineur, il est nécessaire de réprimer le comportement des membres de la famille à l'origine de cet acte antisocial et antifamilial. En définitive, l'intérêt de l'enfant est d'être protégé contre sa famille afin de garantir son insertion dans la société.

CONCLUSION DU TITRE 2

300. Pertinence et pluralité du dispositif classique de protection de l'enfant victime de sa famille. – L'aménagement variable de l'exercice de l'autorité parentale au prisme des mesures d'assistance et de suppléance de la famille, apparaît comme une réponse pertinente pour protéger les mineurs appartenant à l'une des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles. Ces différentes mesures garantissent une réponse graduée et adaptée à chaque famille tout en permettant la résolution des situations où le mineur est victime de sa famille. Elles permettent de prévenir la réitération de tels faits et tend à protéger l'enfant contre les manquements des membres de sa famille. Ce dispositif est le résultat d'une longue évolution législative, ce qui participe à l'idée qu'il existe une conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. Il arrive cependant que les mesures d'assistance de la famille soient étendues au-delà de simples carences éducatives des père et mère, c'est-à-dire dans des situations pathologiques lourdes du lien parent-enfant¹. Ces dernières n'apportent pas toujours une solution. Il arrive même qu'elles soient inadaptées à la protection de l'enfant, à l'établissement d'un projet d'avenir et de relations structurées avec une nouvelle famille. Or, il est possible que la protection du mineur ne puisse être assurée qu'en offrant à celui-ci une protection de remplacement². Aussi, dans des hypothèses de manquements intolérables des parents, les professionnels doivent s'interroger sur leurs capacités à assurer leur mission et envisager des mesures lourdes de conséquences sur la vie familiale. Bien que la séparation du mineur et de sa famille constitue l'ultime recours³, c'est à cette condition que la protection du mineur pourra être assurée effectivement. En effet, il ne faut pas que l'intérêt de l'enfant soit sacrifié au motif qu'il devrait demeurer auprès de ses parents⁴. La protection du mineur justifie la confiscation et la sanction de l'exercice de l'autorité parentale dans les hypothèses où les parents abuseraient gravement de leurs prérogatives ou délaisseraient l'enfant. Il ne faut donc pas que l'importance conférée aux liens familiaux originels empêche de prendre en compte les mesures susceptibles de mettre fin aux liens biologiques. La priorité accordée aux père et mère et à la famille élargie dans l'exercice des fonctions éducatives ne doit pas obérer la protection de l'enfant victime de sa famille. Il est possible de donner au mineur, grâce à l'adoption, l'éventualité d'intégrer une famille de substitution favorable à son développement. Le dispositif classique de protection de l'enfance est ainsi plural, mais il doit également être évolutif. L'idée consiste à ne pas maintenir l'enfant dans

¹ CREOFF (M.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dunod, 2006, p. 304.

² Art. 20 CIDE.

³ Art. 9 CIDE.

⁴ En ce sens : LHERBIER-MALBRANQUE (B.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 304.

un statut qui lui a été assigné à l'origine de sa prise en charge par la puissance publique. Ce statut doit pouvoir être adapté à l'évolution de la situation en fonction des besoins de l'enfant.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

301. L'unicité formelle de la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. – La nécessité de rechercher les fondements de la notion d'enfant victime de sa famille a permis de rapprocher différentes interrogations qui transcendent le domaine de la protection de l'enfance. Dans quelle mesure peut-on ou doit-on protéger un mineur victime de sa famille ? Quels sont les moyens légaux propres à assurer la protection de l'enfant ? La recherche conceptuelle de la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille impliquait la détermination des caractères spécifiques et des fondements de ce concept. Il apparaît ainsi que la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille se caractérise par la dualité des ensembles de mineurs protégés. En effet, l'étude de la législation et de la jurisprudence civile et pénale a permis d'identifier deux catégories classiques d'enfant victimes de leurs familles, auxquelles correspond un dispositif classique de protection des mineurs appartenant à ces catégories. Derrière l'apparente distinction des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles, l'analyse de la loi et de la jurisprudence a permis de montrer qu'il existe une unité formelle et réelle de la matière. D'une part, le mineur délaissé par sa famille peut être un mineur en danger dans la cellule familiale. D'autre part, les instruments de prise en charge du mineur protégé ont vocation à être mis en œuvre que l'enfant soit délaissé ou en danger. Elles sont susceptibles de s'appliquer de manière alternative ou cumulative. Par conséquent, si le législateur distingue selon que le mineur est en danger ou est délaissé par sa famille, l'application des textes du Code civil, du Code pénal et du Code de l'action sociale et des familles démontre qu'il n'existe pas de différence concrète entre ces deux catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles. A cet égard, il semble possible d'affirmer que les enfants en danger ou délaissés par leurs familles ne formeraient qu'une seule réalité : les enfants victimes de leurs familles. Cette réalité serait qualifiée de classique en raison de la création ancienne et de la permanence du dispositif de protection de ces enfants, quand bien même celui-ci a fait l'objet d'améliorations et de réformes récentes. Il existerait donc une conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille, qu'il apparaît nécessaire de renouveler par la détermination d'une conception moderne de la notion de mineur victime de sa famille.

PARTIE 2. LE RENOUVELLEMENT DE LA NOTION D'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

302. L'accroissement de l'individualisme dans la société et dans le droit de la famille en particulier¹. – La cellule familiale permet de structurer les relations entre ses différents membres. On dit que c'est un lieu de construction des individualités dans lequel la collectivité est reléguée au second plan². L'autorité parentale, consentie aux père et mère, permet d'assister le développement et l'épanouissement de l'enfant³. Le terme d'« autorité » provient du latin *auctoritas*, dérivé d'*augere*, qui signifie « combler un vide », « compenser une faiblesse ». C'est un droit-fonction octroyé aux parents tendant à un objectif particulier, la satisfaction de l'intérêt de l'enfant, et non à un but égoïste, propre à satisfaire le seul intérêt des parents. Néanmoins, chacun sait combien l'Homme est souvent enclin à penser à lui-même avant de penser à autrui. L'« ère du vide »⁴, dominant la société, complexifie cette relation parents/enfants. Les individus considèrent qu'ils ont quelque chose à réaliser. La structure familiale serait aujourd'hui fondée sur la responsabilité et l'initiative de ses membres, ce qui révélerait certaines mutations de la famille⁵, l'apparition de nouveaux comportements et de nouvelles revendications au nom des libertés individuelles. Ces évolutions se traduisent notamment par la montée en puissance des droits subjectifs, dont il est nécessaire de contenir les excès⁶, et la place croissante qui est accordée à la volonté individuelle. L'individu « *occupe désormais une place centrale, et supplante la collectivité* »⁷.

L'individualisme peut se définir comme « *une idéologie sociale qui promeut et privilégie le droit de l'individu de faire autant que possible respecter et prévaloir ses choix et ses intérêts personnels par rapport à d'autres finalités qui lui seraient imposées en raison de considérations générales et collectives* »⁸. L'individualisme est intrinsèquement lié au libéralisme, en ce qu'il permet aux individus de réaliser librement ses choix et ses intérêts singuliers. Il n'est donc plus

¹ Sur ce point, voir notamment : DOUCHY (M.), « L'arbre se juge à ses fruits... (Réflexions à partir d'une actualisation en droit de la famille et en droit des personnes) », *RRJ*, 2000-1, p. 25.

² MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 31 et s., spé. § 35-36.

³ En ce sens : NICOLAU (G.), précité, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 141.

⁴ LIPOVETSKY (G.), *L'ère du vide : essai sur l'individualisme contemporain*, Paris : Gallimard, 1991.

⁵ Sur ces éléments : EHRENBERG (A.), *La fatigue d'être soi, Dépression et société*, Paris : Odile Jacob, 1998.

⁶ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, Paris : Flammarion, 1996, p. 121 et s.

⁷ EGÉA (V.), « L'impératif en droit de la famille », *RRJ*, 2004-2, p. 651.

⁸ RENCHON (J.-L.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 209.

possible d'« imposer à l'individu des limites à l'exercice de sa liberté de se déterminer à partir de lui-même »¹.

La société ne contrôle plus les adultes, mais quand il s'agit des enfants, ce contrôle social n'est pas absent. Il a été modulé différemment car la production des normes a changé. Désormais, la création des normes se construit dans les interactions, la négociation et le consensualisme. Elle fait appel à une régulation même si la nécessité d'un contrôle étatique demeure pour éviter les abus. Ainsi, « au-delà des règles positives, l'individualisme questionne aussi le fondement de la juridicité car il touche au pouvoir de contraindre au sein du réseau familial »². L'autorité parentale peut donc toujours être détournée de sa finalité, non pas parce que les adultes n'assurent plus la protection du mineur, mais plutôt parce qu'ils privilégient leur intérêt propre à celui de l'enfant. La montée de l'individualisme serait alors susceptible de priver l'enfant de protection. Le mineur est effectivement « devenu un enjeu au sein de la famille lorsqu'elle vient à éclater. Il l'est aussi pour les couples sans enfant qui considèrent qu'ils ont droit à en avoir un »³. Les nouvelles revendications des différents membres de la cellule familiale feraient ainsi de l'enfant une victime de sa famille. C'est en ce sens qu'il est permis de penser qu'il existe une conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. L'individualisme familial se traduirait par le souci de respecter les choix de chacun, y compris s'ils préjudicient à l'intérêt de l'enfant. Cependant, l'individualisme contemporain ne peut pas affranchir les parents de leurs devoirs envers leur progéniture⁴.

303. La montée en puissance de la question de la parentalité. – La hausse de l'individualisme ne constitue pas l'unique source des manifestations modernes de la notion d'enfant victime de sa famille. La montée en puissance de la parentalité participe à la reconfiguration des situations familiales et des manières d'être en famille. La parentalité est un concept récent⁵. Elle est la « fonction de parent, notamment sur les plans juridique, moral et socioculturel »⁶. Elle est néanmoins une « notion floue et juridiquement inconsistante »⁷, même si

¹ RENCHON (J.-L.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 209.

² MURAT (P.), « Individualisme, libéralisme, légistique », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 237. Voir également : JEAMMAUD (A.), « Contrainte », in ALLAND (D.), RIALS (S.) [ss. dir.], *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Paris : Lamy-PUF, 2003.

³ GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 59.

⁴ Voir notamment : LABBÉE (X.), « La solidarité familiale à l'épreuve de la rupture », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 73.

⁵ *Infra.* § 305.

⁶ *Le Petit Larousse illustré*, V^o parentalité.

⁷ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 41.

elle peut se rapporter à l'autorité parentale et à la filiation. A un moment où le couple ne constitue plus nécessairement le fondement de la famille, le focus se déplace, et la société met l'accent sur les relations parents/enfants et l'exercice des prérogatives parentales. L'idée consisterait à rendre la vie des enfants indépendante de celle du couple, aujourd'hui plus fragile et incertaine¹. La dissolution du couple conjugal ne mettrait pas fin au couple parental puisque « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* »².

Une orientation nouvelle est donnée au contrôle de la famille. Celui-ci porterait moins sur l'exercice des prérogatives parentales que sur la question des relations de l'enfant avec ses parents, voire avec sa famille. Autrement dit, la loi interviendrait pour encadrer les relations de l'enfant avec sa famille. La parentalité, qui se distingue de la parenté³, ne se limite cependant pas à la question des relations entre l'enfant et ses père et mère. Elle pose la question de la filiation : qui est reconnu comme le parent de l'enfant ? Il existe plusieurs parentalités. La parentalité légale permet de déterminer qui est le parent juridique de l'enfant. Il y a ensuite la parentalité biologique, qui pose la question de savoir qui a fait l'enfant. Enfin, il est possible de s'interroger sur la parentalité sociale c'est-à-dire les liens entre un parent et son enfant. Le législateur doit désormais prendre en considération la diversité des configurations de la famille, des manières d'être en famille ou d'être parent. Famille nucléaire, famille monoparentale et maintenant famille homoparentale, il n'existe plus un modèle unique de famille. La cellule familiale est aujourd'hui instable et plurielle⁴, car en réalité ce qui importe dans les familles, ce seraient les individus. Chacun décide de ce qu'il veut dans sa famille et ce qu'il en retire⁵ : « *à chacun sa famille, à chacun son droit* »⁶. La négociation ou la domination permettraient à l'individu d'imposer ses choix. Par conséquent, la famille serait « *moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité* »⁷.

304. L'exposition de l'enfant à l'individualisme, au libéralisme et à la parentalité dans la famille. – Le mineur, épice de la cellule familiale, se trouve exposé à différentes

¹ En 2010, les tribunaux de grande instance ont été saisis de 179433 nouvelles demandes en divorce et les cours d'appel l'ont été à hauteur de 15204 demandes. 3387 nouvelles séparations de corps ont été sollicitées devant les tribunaux de grande instance et 249 devant les cours d'appel (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique* précité, *Doc. fr.*, 2012, p. 47). Postérieurement au divorce ou à la séparation de corps, 59107 nouvelles demandes ont été introduites devant les tribunaux de grande instance tandis que les cours d'appel connaissaient 7324 nouvelles affaires de ce type (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique* précité, *Doc. fr.*, 2012, p. 49).

² Art. 373-2, al. 1^{er} C. civ.

³ *Infra.* § 305.

⁴ GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 15.

⁵ Sur ce point : NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Paris : Erès, 2003.

⁶ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, p. 181.

⁷ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, p. 185-186.

forces qui animent les reconfigurations de la famille contemporaine, ce d'autant plus qu'il existe une « *crise généralisée de toutes les normes familiales, juridiques ou non* »¹. La combinaison de l'individualisme, du libéralisme et de la parentalité ne fait qu'accroître l'idée d'un renouvellement des situations de mineurs victimes de leurs familles en faveur d'une conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. La promotion de l'individu est jugée supérieure à la prise en compte du groupe et de ses intérêts. La conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille serait donc liée à la liberté accordée aux membres de la cellule familiale et à la pluralité des modèles familiaux. Ces éléments imposent d'identifier les situations où il apparaît que l'enfant relève de la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille (Titre 1). A cet égard, il paraît nécessaire de s'interroger sur la régulation des comportements familiaux et la protection du mineur contre les excès de l'individualisme familial, les membres de la famille ne faisant pas toujours preuve d'une maturité et d'une responsabilité suffisantes dans leurs choix. Il est ainsi possible de constater une autonomisation progressive des instruments de protection du mineur victime de sa famille par rapport aux outils communs de protection de l'enfant. En effet, les ressorts traditionnels de protection de l'enfant victime de sa famille ne semblent pas toujours adéquats et/ou suffisants pour protéger le mineur compte tenu de la spécificité des configurations familiales qu'implique la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille (Titre 2).

¹ MURAT (P.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 237.

TITRE 1. LA DETERMINATION DES CATEGORIES MODERNES

D'ENFANTS VICTIMES DE LEURS FAMILLES

305. Des catégories d'enfants victimes de leurs familles concomitantes à l'apparition de la parentalité. – Le terme « parenté » vient de *pario*, engendrer. Ce mot fait référence à l'ensemble des parents. Il renvoie « à la biologie et par là même se rattache à la filiation »¹. En effet, la parenté se définit par « le lien qui existe soit entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, soit entre personnes qui descendent d'un auteur commun et auquel la loi attache des effets de droit compte tenu notamment de la proximité de la parenté »². L'adjectif « parental » provient du latin « *parentalis* », c'est-à-dire ce qui concerne le père et la mère considérés comme un groupe. Il implique une égalité entre les parents. En ce sens, l'autorité parentale est extérieure à la relation conjugale ou aux problèmes du couple. La loi n'instaure aucune inégalité entre le père et la mère. En principe, ils ont vocation à exercer l'autorité parentale en commun, dès lors que leur lien de filiation est établi à l'égard de l'enfant. L'adjectif « parental » est à l'origine du néologisme « parentalité », qui est apparu récemment. Ce nouveau terme révèle l'idée qu'il existerait une conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. En effet, le mot « moderne » provient du bas latin *modernus*, du latin classique *modo* qui signifie récemment. En d'autres termes, des situations récentes d'enfant victime de sa famille seraient apparues avec la « parentalité », nom dérivé de parental.

Le mot « parentalité » aurait été utilisé pour la première fois par Monsieur Paul-Claude RACAMIER afin de « désigner un processus de maturation psychique qui se développe chez les adultes qui deviennent parents »³. La parentalité pose la question de l'aptitude des père et mère à assumer leurs rôles respectifs. L'apparition du néologisme « parentalité » et sa diffusion datent véritablement de la fin du XX^{ème} siècle avec la publication, en 1999, du rapport *Les enjeux de la parentalité* sous la direction de Monsieur Didier HOUZEL⁴. Ce passage de l'adjectif au substantif révèle souvent un mouvement de pensée⁵. La parentalité permet de désigner une relation privilégiée et duale entre un enfant et un adulte. Ce terme de « parentalité » est plus flou que celui

¹ FULCHIRON (H.), « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o parenté.

³ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), précité, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 41.

⁴ HOUZEL (D.), [ss. dir.], *Les enjeux de la parentalité*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 1999, rééd. 2006.

⁵ GHITTI (J.-M.), *op. cit.*, Paris : Les éditions du Cerf, 2010, p. 59.

de « parenté ». C'est un concept indéterminé dans sa définition et son champ d'application¹. Il indique « *une fonction culturelle de prise en charge, de protection et d'éducation d'un enfant* »², sans que celle-ci se greffe nécessairement sur un lien de filiation. Ce lien particulier aurait également pour origine l'enfant et non le parent. Il serait l'« *inverse du processus génétique et généalogique* »³. Or, la filiation a pour objet la création d'un rapport juridique et généalogique entre deux personnes, c'est-à-dire un rapport d'ascendant à descendant⁴. Elle permet « *de différencier les générations en rattachant l'enfant à ses parents et au-delà à des lignées familiales* »⁵. La parenté est donc un concept objectif. Au contraire, la parentalité est une notion subjective et abstraite construite à partir du mineur. Elle trouve son fondement dans une relation conventionnelle entre l'enfant et ses parents, et *a fortiori* les membres de sa famille. Le passage de la parenté à la parentalité révèle un certain nombre de difficultés lorsqu'il s'agit de consacrer des liens existants ou de créer une situation nouvelle, d'assurer la prise en charge d'un enfant par un couple ou de concevoir un enfant commun pour un couple⁶. En outre, la parentalité est davantage une question personnelle relevant des individus. Elle peut s'analyser comme un droit de personnes, qui se considèrent comme des parents, contre la société dans un contexte favorable aux aspirations individualistes⁷. Pour autant, il ne peut y avoir de « parenté », et *a fortiori* de « parentalité » que si l'enfant est désiré par des personnes (Chapitre 1), ce qui peut dès lors mettre en exergue des tensions autour de l'enfant qui devient un objet social (Chapitre 2). Dans ces situations, le mineur devient « *la manifestation d'une pathétique recherche du bonheur* »⁸. Il est considéré comme le garant de ce bonheur, mais le bonheur, fondement de la conception individualiste de la société, peut-il justifier le droit pour des individus d'obtenir un enfant, d'avoir

¹ CICLE-DELFOSE (M.-L.), « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 189.

² FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

³ GHITTI (J.-M.), *op. cit.*, Paris : Les éditions du Cerf, 2010, p. 59.

⁴ PIERRE (M.), « Qu'est-ce que la famille », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 21 ; NEIRINCK (C.), « L'enfant que l'on ne peut concevoir », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 39 ; NEIRINCK (C.), « La filiation, une question juridique », in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 19.

⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 31.

⁶ En ce sens : FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX. Voir également : FENOUILLET (D.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : des fondements incertains », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 25.

⁷ LAMBOLEY (A.), « L'enfant à tout prix, le permis et l'interdit », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 313. Voir également : LE GAC-PECH (S.), « Halte aux bouleversements du droit de la famille », *RJPF*, 2012-11/59.

⁸ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD civ.*, 1988, p. 645.

des relations exclusives avec celui-ci ou *a fortiori* de le refuser¹ ? Il existe donc un risque de réification de l'enfant, celui-ci devenant un objet de convoitises.

¹ FEUILLET-LE MINTIER (B.), « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives », *in* DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 69.

CHAPITRE 1. LE DESIR D'ENFANT

306. Le désir d'enfant face au droit. – Aujourd'hui, l'enfant occupe une place essentielle dans notre société, « *à la fois parce qu'il représente l'avenir de la communauté humaine, mais aussi du fait de l'extraordinaire désir d'enfant qu'exprime à l'heure actuelle un grand nombre de couples* »¹. Le désir d'enfant « *habite l'être humain* »². Il est un état psychologique intime que les pouvoirs publics tendent à susciter³. Il se manifeste par un vœu, une envie, un souhait. Il se traduit par une aspiration à avoir, à obtenir, à faire quelque chose⁴, c'est-à-dire un enfant. Le désir d'enfant est la manifestation première d'une volonté individuelle, mais il affecte également les fondements de la société sur lesquels reposent les notions de famille et de parentalité⁵. Ce désir n'est aujourd'hui pas satisfait pour nombre de personnes alors que l'image de la parentalité est constamment valorisée dans la société contemporaine. En effet, « *de nos jours, avoir un enfant est devenu un must dans le système de représentations de l'individu et de la famille. Symbole de la pérennité de l'espèce, l'enfant est aussi celui de l'identité sexuelle, de l'intégrité physique et de l'intégration sociale de l'individu et du couple* »⁶. Conséquence de l'impossibilité pour des couples à obtenir spontanément une grossesse désirée, la recherche de solutions de substitution ou d'assistance à la procréation s'accroît afin d'assouvir le désir d'enfant, ce dernier étant « *saisi par la médecine et par la loi* »⁷. Cette recherche « *démontre s'il en était besoin l'existence de comportements contraires à la loi dans le but d'accéder à la condition de parents* »⁸. Il est vrai que « *ceux qui veulent devenir parents d'enfants qu'ils n'ont pas conçus n'acceptent aucune limite et sont prêts à tout, y compris à enfreindre la loi, pour atteindre leur objectif* »⁹. Le couple, qui ne peut naturellement avoir un enfant, n'admet pas ce qui lui arrive, et demande à la science de suppléer leur carence¹⁰. Le mineur serait alors la victime de sa famille qui veut ardemment un

¹ GAUMONT-PRAT (H.), « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », in *op. cit.*, *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 555.

² FEUILLET-LE MINTIER (B.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 69.

³ DREIFUSS-NETTER (F.), « Le désir d'enfant face au droit pénal », *RSC.*, 1986, p. 275.

⁴ *Le Petit Larousse illustré*, V^o désir.

⁵ BETTIO (N.), « Le "Droit à l'enfant" nouveau droit de l'Homme ? », *RDP*, 2010, p. 473.

⁶ DELAISI DE PARSEVAL (G.), JANAUD (A.), *L'enfant à tout prix : essai sur la médicalisation du lien de filiation*, Paris : Seuil, 1983, p. 21. Dans le même sens : THERY (I.), précité, in SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 61.

⁷ DELAISI (V.), VERDIER (P.), *Enfant de personne*, Paris : Odile Jacob, 1994, p. 59 et s. ; DELAISI DE PARSEVAL (G.), « Le désir d'enfant géré par la médecine et par la loi », in TESTART (J.), [ss. dir.], *Le magasin des enfants*, coll. Folio actuel, Paris : Gallimard, 1994, p. 368.

⁸ DREIFUSS-NETTER (F.), précité, *RSC.*, 1986, p. 275.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 39.

¹⁰ LACROIX (X.), « Un droit à l'enfant ? », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 125.

enfant. Cela a rendu nécessaire une intervention législative pour déterminer les conditions dans lesquelles le désir d'enfant pourrait être assouvi.

L'impossibilité pour un couple de mettre au monde un enfant est l'élément déterminant du désir d'enfant. A l'inverse, le refus de mettre au monde l'enfant traduit la volonté des individus de ne pas être parents. La mère nie son état de grossesse et conteste l'idée de devenir parent. Il n'existe aucune aspiration en ce sens, ce qui tranche avec le désir d'enfant. L'éventualité de ne pas devenir parent n'est plus une hypothèse étonnante aujourd'hui. La « *vocation épanouissante du droit* »¹ a permis l'émergence d'un droit au refus de l'enfant au profit des parents. Notre société a consacré au cours du siècle un droit de ne pas avoir d'enfant, tandis qu'aujourd'hui, elle fait émerger l'aspiration inverse, celle d'avoir un enfant, un enfant à tout prix². De ce point de vue, l'enfant trop peu désiré et l'enfant trop désiré ont un dénominateur commun : le désir qui peut légitimer l'intervention des autorités publiques dans la famille³. En effet, le désir d'enfant peut encourager les individus à réaliser frauduleusement leur dessein (Section 1) alors que l'absence de désir d'enfant pourra conduire à l'abandon du mineur (Section 2).

Section 1. La réalisation frauduleuse du désir d'enfant

307. Le droit à l'enfant consacré ? – Aujourd'hui, « *le désir d'enfant, intensément éprouvé, des couples sans enfant aspire à être transcendé en un droit à l'enfant* »⁴. Cette notion de droit à l'enfant est nouvelle. Elle est entièrement liée au développement des pratiques de procréation assistée⁵, qu'il s'agisse de l'assistance médicale à la procréation (AMP)⁶ ou des maternités de substitution. Ce droit à l'enfant, très tôt dénoncé⁷ et qualifié de « *perversion de la*

¹ PARICARD-PIOUX (S.), « Refuser d'être parent », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 57.

² HAOULIA (N.), « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *Petites Affiches*, 11 octobre 2013, n° 204, p. 7.

³ Sur ce point : DONZELOT (J.), *La police des familles*, Paris : Les éditions de Minuit, 2005, p. 176.

⁴ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, Paris : Flammarion, 1996, p. 125.

⁵ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 100.

⁶ Les dispositions relatives à l'AMP sont regroupées sous un titre IV intitulé « *assistance médicale à la procréation* » dans le livre I^{er} d'une partie deuxième du Code de la santé publique (art. L. 2141-1 et s. C. santé pub.). Le Code civil contient également des dispositions relatives à l'AMP. Elles sont regroupées au sein d'une section 3, intitulée « *de l'assistance médicale à la procréation* », d'un chapitre I^{er} d'un titre VII du Livre I^{er} (art. 311-19 et 311-20 C. civ.). A la différence du Code de la santé publique, le Code civil emploie cependant le terme de procréation médicale assistée (PMA) à l'article 311-19 de ce Code. Ainsi, le civiliste use du mot PMA tandis que le pénaliste fait usage du terme AMP (PROTHAIS (A.), « Adoption et assistance médicale à la procréation : quelle pénalisation ? » in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 33). Ces deux expressions seront employées alternativement, nonobstant ces différences terminologiques.

⁷ Par exemple : MEULDERS-KLEIN (M.-T.), précité, *RTD civ.*, 1988, p. 645 ; RAYNAUD (P.), « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.*, 1988, chron., p. 109.

notion de droit subjectif »¹, permettrait de satisfaire le désir de couples en mal d'enfant. Il consacrerait le passage du désir d'enfant au droit subjectif². Or juridiquement, il ne saurait y avoir de droit à l'enfant en tant que « droit à »³. Admettre le contraire reviendrait à admettre qu'un individu puisse avoir un droit à une personne, ce « *qui serait nécessairement un retour à l'esclavage* »⁴. En outre, la reconnaissance d'un droit à l'enfant réduirait ce dernier à un objet et non à une personne, susceptible de satisfaire les droits et besoins d'un adulte⁵.

La référence aux Droits de l'Homme est également insuffisante pour fonder un droit à l'enfant. C'est la société qui confie un enfant à des parents⁶. C'est la raison pour laquelle le droit ne paraît pas consacrer un droit à l'enfant, ce d'autant plus que cette expression n'est pas utilisée par la loi⁷. En réalité, le législateur a créé des alternatives à la procréation charnelle lorsque le couple n'est pas en mesure de procréer. Ces procréations assistées exogènes doivent se distinguer de l'adoption⁸. En effet, l'adoption est prioritairement fondée sur l'intérêt supérieur du mineur. Le tribunal de grande instance, lorsqu'il prononce une adoption, exerce un contrôle d'opportunité. L'adoption a pour finalité de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. Autrement dit, l'adoption ne sera pas prononcée si la juridiction estime qu'elle ne préserve pas l'intérêt du mineur⁹. Le désir d'enfant du couple adoptif est donc secondaire. Les procréations assistées exogènes font appel à une hiérarchie inverse¹⁰. L'intérêt supérieur de l'enfant est relégué au profit de la satisfaction première du désir d'enfant d'un couple, l'adoption pouvant alors être détournée de sa finalité pour asseoir juridiquement la filiation de l'enfant. La réalisation de la volonté du couple d'avoir un enfant est opérée grâce au recours à une AMP (§ 1) ou à une maternité de

¹ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 896.

² BAUDOIN (J.-L.), LABRUSSE-RIOU (C.), *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris : PUF, 1987, p. 149. Voir également : FEUILLET-LE MINTIER (B.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 69.

³ PICHARD (M.), *Le droit à. Etude de législation française*, Paris : Economica, 2006, § 136.

⁴ PICHARD (M.), *ibid.*, Paris : Economica, 2006, § 136. L'auteur relève que l'article 1128 dispose qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Il n'y a donc que des choses dans le commerce juridique et non des personnes.

⁵ BERRO-LEFEVRE (I.), « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, Droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p. 25.

⁶ FEUILLET-LE MINTIER (B.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 69. Voir également : COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille.*, Paris : LGDJ, 1996, p. 45 ; BETTIO (N.), précité, *RDP*, 2010, p. 473.

⁷ L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe (L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, *JO*, 18 mai 2013, p. 8253) semble avoir créé un droit à l'enfant à travers la dimension familiale du mariage et le volet adoption de la loi, ou à tout le moins, permis le rattachement juridique d'un enfant qui n'est pas lié aux facultés procréatrices des individus ou aux besoins du mineur (BOYSSON (B. de), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 25).

⁸ En ce sens : HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 904 et 916.

⁹ Art. 353 (adoption plénière) et 361 (adoption simple) C. civ.

¹⁰ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 916.

substitution (§ 2). Le mineur est donc victime du détournement d'institution accompli par ses parents. Ces deux procédés créent une déconnexion entre la filiation et la fabrication d'enfants. Ils constituent en outre une atteinte à la dignité de la personne¹ par la réification de l'enfant à naître.

§ 1/ Le recours à l'assistance médicale à la procréation

308. Définition et finalités de l'AMP. – L'alinéa premier de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique définit l'AMP comme « *des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». Le recours à l'AMP est strictement encadré par le législateur. La collectivité détermine les cas dans lesquels une AMP est possible, étant donné que l'assistance de la société est requise pour satisfaire la réalisation du désir d'enfant. En d'autres termes, l'impossibilité de concevoir naturellement un enfant implique que la communauté décide dans quelles situations il est possible de donner ou non un enfant à un couple². L'utilisation de cette technique ne peut avoir que pour objet de « *remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* »³. L'AMP exclut toute finalité de pure convenance personnelle⁴. Elle repose sur un diagnostic médical pour lequel la technique est de nature à remédier à l'infertilité du couple et à permettre la réalisation du projet parental⁵. L'objectif de l'AMP est de remédier à une infertilité médicale du couple et non à une infertilité sociale⁶, ce qui exclut *de facto* les couples homosexuels. Cette idée est renforcée par la suppression de l'alinéa premier de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, par la loi du 7 juillet 2011⁷. Cette disposition énonçait que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* ». Par conséquent, tous les couples ne sont pas en mesure de satisfaire leur dessein de

¹ DOUCHY-OUUDOT (M.), précité, *RLDC*, 2010/72, n° 3852.

² FEUILLET-LE MINTIER (B.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 69.

³ Art. L. 2141-2, al. 1^{er} C. santé pub.

⁴ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes : dispositions spéciales », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 215.12 ; NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 79.

⁵ Le Conseil constitutionnel a rappelé que l'AMP n'est pas ouverte aux femmes en France et demeure réservée aux couples hétérosexuels dont l'état d'infertilité pathologique a été médicalement constatée (Cons. const., 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, n° 2013-669 DC, considérant n° 44-45).

⁶ LEGROS (B.), *Droit de la bioéthique*, Bordeaux : Les Etudes Hospitalières, 2013, § 274.

⁷ L. n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JO*, 8 juillet 2011, p. 11826.

devenir parent. Il existe un « *refus de privatiser le désir d'enfant* »¹. Les couples concernés ne bénéficient pas d'une liberté absolue bien que l'accès à la PMA entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le choix d'une PMA s'analyse comme une forme d'exercice du droit à la vie privée et familiale pour la Cour européenne des Droits de l'Homme². Quoiqu'il en soit, la PMA suppose la réunion de certaines conditions (A) afin de ne pas être détournée de sa finalité (B). En effet, l'AMP permet à des individus de procréer dans sexualité. C'est la raison pour laquelle elle a été encadrée afin qu'elle ne soit pas « *mise au service d'un droit à l'enfant – droit conçu comme un principe égalitaire – qui implique que toute personne soit libre, en toute circonstance de faire naître un enfant sans père ou sans mère* »³.

A/ Les conditions de mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation

309. Les couples bénéficiaires d'une AMP. – L'article L. 2141-2, alinéa second du Code de la santé publique détermine les couples qui peuvent bénéficier d'une AMP. Elle n'est offerte qu'aux couples constitués d'un homme et d'une femme selon la lettre du texte. L'accès à l'AMP est réservé aux personnes de sexes différents, ce qui exclut les couples homosexuels et les personnes célibataires. La loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe n'a pas modifié la législation sur ce point⁴. Il importe peu que les personnes du couple soient mariées, en partenariat ou vivent en concubinage. La forme de conjugalité n'est pas prise en compte par la loi, mais la communauté de vie doit subsister au moment de la mise en œuvre de l'AMP. En effet, le texte précise que « *font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie* ». La loi n'exige plus une condition de stabilité pour les couples non mariés⁵. Auparavant, ces derniers devaient être « *en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* ». Le Conseil d'Etat n'était pas favorable à la suppression du délai de deux ans de vie commune pour les concubins. Cette durée était un gage de stabilité du couple

¹ FEUILLET-LE MINTIER (B.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 69.

² Cour EDH, 1^{er} avril 2010, *S.H. et autres c/ Autriche*, req. n° 57813/00, § 60. Voir également : Cour EDH, gr. ch., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04, § 85. Le 3 novembre 2011, la Cour européenne des Droits de l'Homme a cependant conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, mais elle admet l'idée sous-jacente que sa jurisprudence puisse évoluer (Cour EDH, gr. ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*, req. n° 57813/00, § 116 et 118).

³ CONSEIL D'ETAT, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, *Doc. fr.*, 1988, p. 52.

⁴ L. n° 2013-404 précitée.

⁵ Cette modification résulte de la loi du 7 juillet 2011 (L. n° 2011-814 précitée).

parental dans l'intérêt de l'enfant¹. En effet, « *ce délai assur[ait] que le couple existe et que l'union prétendue n'[était] pas une façade en vue d'accéder* »² à la PMA. La précarité attachée au concubinage et au pacte civil de solidarité (PACS) pourrait faciliter la création de couples fictifs. Un détournement des règles légales est même envisageable dès lors que des individus désireront satisfaire leur désir d'enfant³. La suppression de cette condition de stabilité fait primer l'intérêt des couples à procréer⁴. L'intérêt de l'enfant n'est plus préservé. Rien ne permet d'affirmer que sa naissance se fera au sein d'un couple conjugal uni désireux de fonder une famille. Cette durée permettait également de présumer de l'infertilité du couple⁵. Il paraît donc actuellement difficile d'établir qu'il ne s'agit pas d'une PMA de confort⁶. Les membres du couple doivent enfin être en âge de procréer, consentir préalablement à l'insémination ou au transfert des embryons et être vivants, ce qui pose la question de l'insémination ou de la gestation *post mortem*.

310. L'insémination ou la gestation *post mortem*⁷. – L'insémination ou la gestation *post mortem* sont interdites par le législateur depuis 1994⁸. Il n'est donc pas possible pour la veuve d'obtenir l'implantation des embryons après la mort de son conjoint⁹. Néanmoins, une juridiction avait précédemment admis que l'enfant conçu avec les gamètes des époux et né plus d'un an après la mort du mari était couvert par la présomption de paternité, nonobstant une gestation différée, en le réputant conçu durant le mariage comme les deux autres enfants du couple conçus par fécondation *in vitro* et nés du vivant du père¹⁰. Dans ces différentes espèces, étaient en cause

¹ En ce sens : MIRKOVIC (A.), « Première lecture du projet de loi bioéthique : l'intérêt de l'enfant sacrifié à l'impatience des adultes ? », *D.*, 2011, p. 892 ; BINET (J.-R.), *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris : Lexisnexis, 2012, § 142.

² MIRKOVIC (A.), précité, *D.*, 2011, p. 892.

³ *Infra.* § 316 et 317.

⁴ En ce sens : BINET (J.-R.), *ibid.*, Paris : Lexisnexis, 2012, § 143.

⁵ CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois bioéthiques*, *Doc. fr.*, 2009, p. 51.

⁶ Désormais, la stabilité du couple en concubinage doit se faire par référence à l'article 515-8 du Code civil, c'est-à-dire par l'existence d'une « *vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

⁷ Monsieur Jean HAUSER qualifie cette possibilité de *summum* de l'individualisme (HAUSER (J.), « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 322).

⁸ L. n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO*, 30 juillet 1994, p. 11060, art. 8. Avant 1994, la solution n'était pas déterminée. Le tribunal de grande instance de Créteil avait autorisé la restitution du sperme d'un homme décédé à sa femme (TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *RTD civ.*, 1984, p. 703, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.) et NERSON (R.)). A l'inverse, le tribunal de grande instance de Toulouse avait rejeté une demande similaire le 26 mars 1991 (TGI Toulouse, 26 mars 1991, *Jurisdata* n° 1991-046226, *D.*, 1992, somm., p. 61, obs. LABBEE (X.) ; en ce sens : TGI Créteil, 4 avril 1995, *Jurisdata* n° 1995-850574).

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 21 ; voir également : TGI Rennes, 30 juin 1993, *Jurisdata* n° 1993-605679 ; *JCP G.*, 1994, II, 22250, note NEIRINCK (C.) – CA Toulouse, 18 avril 1994, RG n° 93/2563 ; *JCP G.*, 1995, II, 22472, note NEIRINCK (C.).

¹⁰ TGI Angers, 10 novembre 1992, *D.*, 1994, somm., p. 30, obs. LABBEE (X.) ; *RTD civ.*, 1994, p. 579, obs. HAUSER (J.).

non pas la conception *in vitro* de l'enfant après le décès de l'homme, mais l'implantation d'embryons déjà constitués et conservés par congélation au moment du décès. Cette distinction entre insémination artificielle *post mortem* et réimplantation *post mortem* d'un embryon conçu *ante mortem* n'a pas été retenue par le législateur. Le Code de la santé publique continue « d'interdire l'assistance médicale à la procréation *post mortem* »¹. A ce titre, le tribunal de grande instance de Rennes a refusé de faire droit à la demande d'une femme qui reprochait à un Centre d'Etude et de Conservation des Œufs et du Spermé humains (CECOS) d'avoir rejeté sa demande en restitution des gamètes du mari. Les juges rennais ont estimé que la demanderesse cherchait à contourner l'application de la loi française en se rendant à l'étranger en vue de bénéficier d'une réglementation conforme à sa volonté². Cette solution « retenue par la loi, raisonnable, est fondée sur l'intérêt de l'enfant qu'il n'est pas souhaitable d'appeler ainsi à la vie dans une famille monoparentale pour la "consolation" d'un adulte éprouvé par la peine »³. Autrement dit, le désir d'enfant n'est pas satisfait afin d'éviter que le mineur ne soit la victime de sa famille. Admettre le contraire permettrait « de satisfaire la demande de quelques cas dans le mépris le plus total de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁴.

311. L'interdiction du double de don de gamètes. – L'homme et la femme doivent préalablement consentir au transfert des embryons ou à l'insémination⁵. La motivation du couple de recourir à une AMP est contrôlée par l'équipe médicale. Elle a pour obligation de « vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption »⁶. En outre, la demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien. Cette confirmation doit être réalisée par écrit. Un délai de réflexion supplémentaire peut par ailleurs être décidé si cela s'avère nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître⁷. Ces conditions permettent de s'assurer de la réalité du désir d'enfant. Ce n'est que si elles sont satisfaites que la conception artificielle de l'enfant pourra avoir lieu. L'alinéa premier de l'article L. 2141-3 du Code de la santé publique dispose que l'embryon conçu *in vitro* ne peut l'être qu'avec des gamètes ne provenant pas d'au moins un des membres du couple. Cela signifie qu'un couple dont les deux membres sont stériles ne peut avoir accès à l'AMP. Il ne peut pas bénéficier d'un double don de

¹ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 841.

² TGI Rennes, 15 octobre 2009, RG n° 09/00588.

³ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 841. La cour d'appel de Rennes a rendu une décision en ce sens (CA Rennes, 22 juin 2010, Jurisdata n° 2010-009855).

⁴ HAUSER (J.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 322.

⁵ Art. L. 2141-2, 2nd C. santé pub.

⁶ Art. L. 2141-10, II, 1^o C. santé pub.

⁷ Ces éléments sont organisés à l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique.

gamètes. Lors de l'examen d'une QPC relative à cette disposition, la Cour de cassation a refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel¹. Ce couple pourra cependant profiter d'un don d'embryon qui ne fait plus l'objet d'un projet parental dans les conditions prévues aux articles L. 2141-4 à L. 2141-6 du Code de la santé publique. L'AMP par le don d'embryon est une exception au principe de la conception intraconjugale. L'enfant n'aura le patrimoine génétique d'aucun de ses parents. L'alinéa premier de l'article L. 2141-6 du Code de la santé publique précise qu'un couple « *peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple [...] y renonce* »². Le recours à un tiers donneur est aussi une exception au principe de la conception intraconjugale.

312. Le recours à un tiers donneur. – L'AMP avec tiers donneur présente un caractère subsidiaire par rapport à la conception intraconjugale. Elle n'est possible que si « *les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple [...] renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple* »³. Un tiers doit donc consentir à donner ses gamètes. Ce don consiste en l'apport, par un tiers, de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une AMP⁴. Afin que ce don soit envisagé, il faut que le tiers donneur ait préalablement procréé. Il doit donner son consentement, et s'il est en couple, celui de l'autre membre du couple est également nécessaire⁵. Au demeurant, si le donneur est majeur, il peut ne

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 2012, *Bull. civ. I*, n° 11, QPC. Les demandeurs ont invoqué la contrariété de l'article L. 2141-3 du Code de la santé publique avec le principe d'égalité devant la loi et le principe selon lequel la nation doit garantir à la famille les conditions nécessaires à son développement. Selon eux, la disposition contestée est également à l'origine d'une discrimination à l'égard des couples dont les deux membres sont stériles en leur interdisant le recours au double don de gamètes. La Cour de cassation n'a pas transmis la QPC car, dans sa décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a, dans les motifs et le dispositif, déclaré cette disposition, dans sa rédaction issue de l'article 8 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, conforme à la Constitution. Elle ajoute qu'il n'est survenu aucun changement de circonstances de nature à justifier que la conformité de cette disposition à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel.

² Il convient de noter que l'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Il fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique (art. L. 2141-6, al. 2 C. santé pub.). Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives (art. L. 2141-6, al. 3 C. santé pub. ; art. 16-8 C. civ.). Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon (art. L. 2141-6, al. 5 C. santé pub.). Enfin, les membres du couple à l'origine du don doivent consentir à l'accueil de l'embryon par un couple receveur (art. L. 2141-5 C. santé pub.). Cette procédure s'inspire des règles applicables en matière d'adoption.

³ Art. L. 2141-7 C. santé pub.

⁴ Art. L. 1244-1 C. santé pub.

⁵ Art. L. 1244-2, al. 1^{er} C. santé pub. Ce consentement est recueilli par écrit. Il peut être révoqué à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes.

pas avoir procréé¹. Enfin, le don est anonyme et gratuit comme le rappelle les articles 16-8 du Code civil et L. 1244-7 du Code de la santé publique. L'AMP extraconjugale par tiers donneur suppose que les deux membres du couple consentent à la mise en œuvre de cette technique. Ce consentement sera recueilli dans des formes solennelles et dans des conditions garantissant le secret². L'alinéa second de l'article 1157-2 du Code de procédure civile dispose que « *la déclaration est recueillie par acte authentique hors la présence de tiers* ». C'est pourquoi l'alinéa premier de ce texte précise que les époux ou concubins, et *a fortiori* les partenaires, qui recourent à une AMP nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, y consentent par déclaration devant le président du tribunal de grande instance de leur choix ou son délégué, ou devant notaire. Ces derniers doivent préalablement procéder à une information des membres du couple à propos des règles particulières relatives à l'AMP par tiers donneur. Cette information porte notamment sur les conséquences de leur acte au regard de la filiation de l'enfant³. Enfin, le consentement donné à l'AMP par tiers donneur doit persister⁴. L'alinéa troisième de l'article 311-20 du Code civil rappelle que « *le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance* »⁵. Dans ces conditions, la satisfaction du désir d'enfant paraît légitime. Elle l'est moins lorsque le couple receveur détourne les règles légales au détriment de l'intérêt de l'enfant à naître.

B/ L'instrumentalisation de l'assistance médicale à la procréation

313. Un détournement d'institution. – Le détournement d'institution se caractérise par l'utilisation d'un procédé ou d'une action à des fins totalement étrangères aux finalités du procédé ou de l'action en question⁶. Le concept de détournement d'institution peut se définir comme l'utilisation d'une institution juridique dans un sens contraire à sa finalité ou dans un but

¹ Art. L. 1244-2, al. 3 C. santé pub.

² Art. 311-20, al. 1^{er} C. civ.

³ Art. 1157-3 C. pr. civ.

⁴ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 215.14.

⁵ Cette disposition du Code civil est identique à l'alinéa second de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique.

⁶ BOULANGER (F.), « Fraude, simulation ou détournement d'institution de droit de la famille », *JCP G.*, 1993, I, 3665 ; LEMOULAND (J.-J.), MURAT (P.), « Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », *Droit et patrimoine*, 2011, n° 209, p. 52 ; HAUSER (J.), « Détournements, abus ou fraudes ? », *Droit et patrimoine*, 2011, n° 209, p. 36. Voir également : CORDIER-DUMONNET (N.), *Le détournement d'institution*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Bourgogne, 2010, § 91-92.

totale­ment étranger à sa finalité. C'est un procédé qui consiste à utiliser une institution en la déviant de sa destination¹. L'utilisateur de l'institution cherche donc à bénéficier des règles ou du statut conféré par l'institution, mais il n'adhère pas à l'esprit de ces règles ou ne poursuit pas la finalité de l'institution. Cela signifie qu'il ne recherche que les effets de l'institution ou n'en poursuit pas la finalité². Les juridictions procèdent à un contrôle des motifs poursuivis par l'utilisateur de l'institution. C'est ce qui permet de révéler l'absence de conformité à la finalité de l'institution. Par exemple, l'adoption a pour objet de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu. C'est cette finalité qui doit motiver des parents entreprenant des démarches en vue de l'adoption du mineur, et non pas des motifs « *étrangers à l'institution* »³. Autrement dit, l'adoption ne doit pas être utilisée dans un montage visant à faire entrer l'enfant dans une structure de droit familial⁴. En matière d'AMP, le détournement consisterait à utiliser cette technique en dehors du cadre légal dans lequel elle a été prévue (1) ou à évincer la finalité thérapeutique poursuivie par l'AMP (2).

1/ L'éviction du cadre légal

314. La relativité du principe de l'anonymat et de la gratuité. – L'article 16-8 du Code civil pose en principe qu'« *aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* ». Cette règle est reprise et complétée à l'article L. 1244-7 du Code de la santé publique. L'alinéa premier de cette disposition interdit de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de donner ses gamètes, même en faveur d'un couple tiers anonyme. Une pratique de la « double liste » a cependant été instituée dans certains centres d'AMP. Elle permet à des couples accompagnés d'une donneuse, dont les ovocytes seront destinés à un autre couple, d'attendre moins longtemps que ceux n'ayant pas de donneuse dans leur entourage. Ce système génère des inégalités d'accès à l'AMP, même s'il vise

¹ FENOUILLET (D.), « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2005, p. 237.

² En ce sens : GRIDEL (J.-P.), « Est nécessairement contraire à l'ordre public la prétention de soustraire un enfant aux effets légaux de sa filiation établie (à propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 9 mars 1994) », *D.*, 1995, chron., p. 275.

³ FENOUILLET (D.), précité, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2005, p. 237.

⁴ HAUSER (J.), « L'utilitarisme en droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 441.

à encourager les femmes à trouver elles-mêmes des donneuses d'ovocytes¹. Ce détournement de la règle de l'anonymat et de la gratuité du don de gamètes pourrait être à l'origine de pressions sur les personnes susceptibles de faire un don, particulièrement les femmes en raison de la pénurie actuelle d'ovocytes. Cette situation est d'autant plus alarmante si la donneuse potentielle est dans une situation de dépendance vis-à-vis d'un couple infertile². Ce phénomène de marchandisation aboutit à une instrumentalisation du don afin de faciliter le recours à l'AMP. Le désir d'enfant du couple infertile se transforme en un droit à l'enfant. Les sanctions posées au Code pénal s'avèrent dès lors insuffisantes pour protéger des excès du désir d'enfant. L'article 511-13 du Code pénal réprime de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende « *le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 1244-7 du code de la santé publique* »³. Cette disposition confirme le principe de l'anonymat du don de gamètes et rappelle « *le principe de non-patrimonialité en rendant irréalisables d'éventuels contacts entre les bénéficiaires de l'intervention ou receveurs et les candidats à l'autodisposition ou donneurs* »⁴. De ce point de vue, les principes de gratuité et d'anonymat du don de gamètes sont détournés afin de satisfaire la volonté d'un couple infertile d'avoir un enfant. Le désir deviendrait créateur de droit, ce qui conduit à une instrumentalisation de l'AMP et *a fortiori* de l'enfant, considéré comme un moyen de consacrer socialement le couple. C'est également pour cette raison que les conventions portant sur une insémination artificielle avec donneur (IAD) sont illicites.

315. La privatisation des inséminations artificielles avec donneur. – Le Code de la santé publique interdit « *l'insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don* »⁵. Il est impossible pour un couple de procéder à une AMP en dehors du cadre légal et social. En d'autres termes, l'insémination artificielle doit avoir nécessairement lieu dans un établissement de santé agréé à cet effet⁶. Afin de renforcer cette prohibition, le Code pénal réprime « *le fait de procéder*

¹ CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.*, 2008, p. 131.

² CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), *Rapport précité*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.*, 2008, p. 131

³ Le droit pénal protège également les principes d'anonymat et de gratuité lorsque l'AMP est réalisée au moyen de l'accueil d'un embryon. L'article 511-15 du Code pénal punit « *le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme* » tandis que l'article 511-16 du Code pénal réprime « *le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du code de la santé publique* ». Dans les deux cas, les peines sont de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

⁴ ARCHER (F.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2003, § 204.

⁵ Art. L. 1244-3 C. santé pub.

⁶ Art. L. 2142-1 et s. C. santé pub.

à une insémination artificielle par sperme frais [...] en violation de l'article L. 1244-3 du code de la santé »¹. L'objet d'une convention portant sur une IAD est dès lors illicite. Elle contrevient au principe de l'inviolabilité et de l'indisponibilité du corps humain². Ce contrat constitue un détournement de l'AMP. Le 9 mars 1994, la Cour de cassation a cependant refusé de se prononcer sur le caractère illicite d'une « homo-insémination »³. Dans cette espèce, une femme homosexuelle en couple avait sollicité un homme, également homosexuel et en couple, pour concevoir un enfant. La femme a été inséminée artificiellement avec le sperme de l'homme à son domicile. Les deux parents ont reconnu l'enfant avant sa naissance. La mère, qui entendait élever seule la mineure avec sa compagne et pour évincer le père, décide de changer domicile. Le père sollicite l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Sa demande est accueillie par la juridiction d'appel. La mère se pourvoit en cassation arguant du caractère illicite de la convention dont le but est de procréer par insémination artificielle et dans laquelle un homme accepte de donner son sperme, alors qu'ils sont, chacun, engagés dans une relation homosexuelle. Elle ajoute que ce procédé constitue un détournement de l'insémination artificielle. La Cour de cassation rejette le pourvoi, car la reconnaissance souscrite par le père n'a pas été contestée. Il aurait donc fallu solliciter l'annulation de la reconnaissance pour pouvoir remettre en cause les droits du père. Or, la contestation de la reconnaissance aurait eu peu de chance d'aboutir : elle est conforme à la vérité biologique. La mineure est certes le fruit d'une volonté exclusive de deux femmes, mais elle est avant tout le résultat d'un désir commun entre un homme et une femme. Ce désir fait d'elle la fille de sa mère et de son père. La procréation ne doit donc pas se confondre avec l'appropriation, « *appropriation de l'enfant source de bonheur individualiste* », mais aussi « *appropriation des fonctions reproductives humaines qui n'existent que dans un contexte d'altérité sexuelle* »⁴.

2/ L'éviction de la finalité thérapeutique poursuivie

316. L'altérité sexuelle du couple receveur. – La revendication d'un droit à l'enfant pour les couples homosexuels procède de la même logique que pour le droit au mariage : l'égalité. Il s'agit, pour les homosexuels, d'avoir recours aux techniques d'AMP comme pour les

¹ Art. 511-12 C. pén.

² Cette contrariété au principe d'ordre public de l'inviolabilité et de l'indisponibilité du corps humain sera accentuée si la convention confère une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments et à ses produits (art. 16-1, al. 3 C. civ. ; art. 16-5 C. civ.).

³ Cass. civ. 1^{ère}., 9 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 89 ; *D.*, 1995, jurispr., p. 197, note MONTEIRO (E.).

⁴ MONTEIRO (E.), « Exercice de l'autorité parentale et insémination artificielle entre parents homosexuels, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 9 mars 1994, n° 92-16.774 », *D.*, 1995, jurispr., p. 197.

couples hétérosexuels. Il ne s'agirait donc pas d'un droit à l'enfant inconditionnel, mais d'un droit à l'enfant au moins égal à celui des hétérosexuels, autrement dit indépendant de la sexualité des couples¹. L'accès aux techniques d'AMP est aujourd'hui revendiqué par les couples de personne de même sexe qui aspirent à fonder une famille au même titre que les couples hétérosexuels. Cette volonté d'avoir un enfant est le symbole de la consécration sociale de la famille. Elle a été renforcée par la loi du 17 mai 2013². Pour autant, l'accès à l'AMP est conditionné à une différence de sexe, ce qui exclut catégoriquement l'utilisation de ces techniques par des couples de personne de même sexe³. La loi impose l'altérité sexuelle afin de donner à la PMA une apparence naturelle. L'idée consiste à donner à l'enfant une filiation complète, c'est-à-dire un double rattachement parental sexué, soit une filiation paternelle et une filiation maternelle⁴. L'AMP est une réponse à une infertilité médicalement constatée d'un couple de sexe différent. Cette technique ne doit pas répondre à une demande sociétale⁵, car elle est « assimilée à un traitement palliatif d'une stérilité pathologique »⁶. Elle doit donc être réservée à un couple composé d'un homme et d'une femme.

Dans l'affaire *Gas et Dubois*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé cette condition de différence de sexe conforme à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Elle a relevé que si le droit français ne prévoit l'accès à l'AMP que pour les couples hétérosexuels, celui-ci est subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté. Elle ajoute que l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes, partenaires homosexuelles. Dès lors, la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes⁷. En effet, l'infertilité des couples hétérosexuels est accidentelle. Elle relève d'une défaillance biologique, constatée médicalement. A l'inverse, l'infertilité des couples homosexuels est structurelle. Elle découle de l'ordre naturel. Par conséquent, la seule solution pour les couples homosexuels,

¹ PICHARD (M.), *op. cit.*, Paris : Economica, 2006, note 1, p. 154.

² L. n° 2013-404 précitée.

³ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 839.

⁴ NEIRINCK (C.), « Une famille homosexuelle ? », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143 ; TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 839.

⁵ Certains parlementaires ont souhaité rappeler que l'AMP est un dispositif qui doit rester une réponse à une difficulté médicale (*Proposition de loi n° 1456 visant à limiter l'accès à la procréation médicalement assistée aux seuls couples hétérosexuels confrontés à une infertilité médicale*, Doc. AN, XIV^{ème} législature).

⁶ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 55.

⁷ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, § 63.

désirant assouvir leur envie d'enfant, est de se rendre à l'étranger. Une femme a recours à une IAD pour donner au couple un enfant. Certains Etats autorisent effectivement l'accès à l'AMP aux couples homosexuels comme la Belgique, la Grande-Bretagne, l'Espagne, la Suède, le Danemark¹. Malgré cette fraude à la loi française, le fait biologique s'imposera en raison de l'adage « *mater semper certa est* » consacré à l'article 325 du Code civil. La femme qui accouche d'un enfant conçu à l'étranger par IAD sera désignée comme la mère de l'enfant². Son désir d'enfant sera satisfait, ce qui ne sera pas nécessairement le cas de l'autre membre du couple. L'enfant serait alors privé d'un double lien de filiation, ce qui pourrait lui porter préjudice en cas de dissolution du couple conjugal³. C'est notamment le cas lorsque le couple homosexuel est uni par les liens du mariage et a recours à une PMA à l'étranger, en l'absence de toute infertilité médicalement constatée.

317. La PMA réalisée à l'étranger par des femmes unies par le mariage : une fraude à la loi ? – La loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe⁴ donne aux couples homosexuels la possibilité de fonder une famille grâce à l'adoption conjointe d'un mineur⁵ ou grâce à l'adoption par l'un des membres du couple de l'enfant de l'autre dans les conditions fixées par l'article 345-1 du Code civil. Or dans le cadre d'une relation homosexuelle, il est permis de penser que l'adoption de l'enfant du conjoint consistera à adopter un enfant né d'une AMP ou d'une gestation pour autrui (GPA). En effet, « *dans un certain nombre de cas, assistance médicale à la procréation et adoption sont combinées dans le cadre d'un projet parental commun* »⁶. Cela supposerait donc de concevoir un enfant de manière frauduleuse et à la demande⁷. En outre, l'adoption du conjoint est détournée de sa finalité. Ce procédé tend à inscrire l'enfant dans une famille recomposée. L'un des époux est effectivement déjà parent, mais le lien de filiation originaire de l'enfant à l'égard de l'autre parent doit avoir cessé ou n'avoir pas été effectif depuis sa naissance⁸. L'enfant déjà né est dès lors inscrit dans une nouvelle famille. A l'égard d'un couple homosexuel, le lien de filiation originaire de l'enfant n'a pas existé. C'est un

¹ Sur ces cinq Etats, seule la Belgique autorise l'accès à l'AMP à une femme célibataire (BERNARD-XEMARD (C.), « La famille homosexuelle en Europe », *RLDC*, 2012/98, n° 4873).

² Le délit de l'article 511-24 du Code pénal pourrait s'appliquer à cette situation, car il a été procédé à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Néanmoins, l'IAD ayant eu lieu à l'étranger, aucun élément constitutif du délit n'a été commis en France. Cela rend donc difficile l'application de ce délit.

³ *Infra.* § 468 par comparaison avec le recours à une maternité de substitution.

⁴ L. n° 2013-404 précitée.

⁵ Art. 346 C. civ.

⁶ FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100.

⁷ NEIRINCK (C.), « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 2.

⁸ *Supra.* § 34, 35 et 253.

enfant à naître qui est inscrit dans une nouvelle famille sans que ses besoins ne soient pris en considération¹. La loi aurait donc consacré un droit à l'enfant afin de satisfaire la volonté des couples de personne de même sexe. Cela est d'autant plus vrai que la dimension familiale du mariage et le volet adoption de la loi du 17 mai 2013² paraissent consacrer cette logique du droit à l'enfant. Par conséquent, l'adoption de l'enfant du conjoint suppose un préalable. Il faut déterminer quels procédés sont admis pour permettre aux homosexuels d'être parents. Autrement dit, peuvent-ils avoir recours à une PMA ou à une GPA³ ? En l'état actuel du droit positif, ces deux procédés ne leur sont pas accessibles, sauf à se rendre à l'étranger, ce qui constitue une fraude à la loi française et un détournement de celle-ci. Le Conseil constitutionnel, lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe, avait ainsi jugé que « l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité » et « qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques »⁴.

Le 14 octobre 2013, le tribunal de grande instance de Lille a prononcé la première adoption plénière de deux enfants par l'épouse de la mère⁵. Dans cette espèce, l'une des femmes s'est rendue en Belgique afin de réaliser des démarches en vue d'une AMP avec donneur anonyme « dans le but d'obtenir une grossesse et un enfant ». Ces deux femmes ont fraudé à deux reprises la loi française, qui réserve l'AMP aux couples hétérosexuels dont l'infertilité a été démontrée. Pour Madame Claire NEIRINCK, « la facilité que révèle ce jugement, lorsqu'il s'agit d'un couple de femmes, est une incitation à la fraude, à la conception d'enfants privés ab initio de père »⁶. Le ministère public pourrait dès lors s'opposer à l'adoption de l'enfant sur le fondement de l'article 336 du Code civil. Cette disposition permet au procureur de la République de contester la filiation établie si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi. En ce sens, les procureurs de la République d'Aix-en-Provence, de Marseille et de Toulouse se sont opposés à des demandes d'adoption, car les enfants auxquels il s'agissait de donner une famille ont été conçus par une des femmes du couple grâce à une technique de PMA pratiquée à l'étranger. Cette fraude à la loi corrompt la filiation des mineurs et

¹ Sur l'ensemble de ces éléments : PARICARD (S.), « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 8. Voir également : BOYSSON (B. de), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 25.

² L. n° 2013-404 précitée.

³ *Infra.* § 319 et 479 pour la question de la GPA.

⁴ Cons. const., 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, n° 2013-669 DC, considérant n° 58.

⁵ TGI Lille, 14 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-027517 ; *Dr. famille*, 2014, comm. n° 4, obs. NEIRINCK (C.).

⁶ NEIRINCK (C.), « Première adoption plénière par l'épouse de la mère, obs. sur TGI Lille, 14 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-027517 », *Dr. famille*, 2014, comm. n° 4.

interdit toute adoption¹. La fraude consisterait à détourner la finalité de l'AMP, réservée aux couples hétérosexuels dont l'infertilité pathologique a été médicalement constatée.

C'est en se fondant sur ce raisonnement que le tribunal de grande instance de Versailles ou celui d'Aix-en-Provence ont refusé d'accéder à la demande d'adoption plénière de l'épouse de la mère biologique d'un enfant conçu par PMA en Belgique². Les magistrats ont estimé que « *le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu* ». En effet, pour les magistrats versaillais, « *il y a fraude lorsqu'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger* ». La fraude réside dans la violation directe de l'article L. 2141-2 du Code de santé publique qui réserve uniquement l'AMP aux couples hétérosexuels³. Les enfants ne bénéficient que d'une filiation unilinéaire maternelle, ce qui les rend adoptable en raison de leur conception frauduleuse qui les a délibérément privés de père⁴. Le consentement de la mère à l'adoption de l'enfant par son conjoint est donc frauduleux. Il ne correspond pas à l'exigence de validité de l'article 347, 1° du Code civil, car il « *s'inscrit dans une démarche qui dès le départ a consisté à s'arroger un droit à l'enfant et un partage en couple de la filiation et des droits parentaux qui sont d'ordre public* »⁵. Ce consentement est donc vicié par la fraude.

A l'inverse, le tribunal de grande instance de Nanterre a considéré qu'il n'y avait pas de fraude à la loi justifiant le refus de prononcer une adoption plénière de l'enfant, né d'une PMA réalisée en Belgique, par l'épouse de la mère⁶. Après avoir précisé que les dispositions du Code civil relatives à l'adoption ne distinguent pas selon le mode de procréation de l'enfant, dès lors qu'il ne résulte pas d'un processus frauduleux, la juridiction du fond a considéré que l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique « *n'édicte aucune interdiction et sa méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction ou nullité d'ordre public* ». Par conséquent, le recours à la PMA

¹ ROME (F.), « Haro sur les procs ! », *D.*, 2014, p. 537.

² TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 ; Jurisdata n° 2014-013016 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00113 ; Jurisdata n° 2014-013015 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00013 ; Jurisdata n° 2014-013012 – TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, RG n° 14/01472 ; Jurisdata n° 2014-019510.

³ En ce sens : REIGNÉ (P.), « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi, obs. sous TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 ; Jurisdata n° 2014-013016 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00113 ; Jurisdata n° 2014-013015 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00013 ; Jurisdata n° 2014-013012 », *Dr. famille*, 2014, comm. n° 114.

⁴ NEIRINCK (C.), « Epouses, fraude et adoption plénière », *Dr. famille*, 2014, repère n° 7.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 7.

⁶ TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14803 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.) – TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14804 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.).

« dans un pays membre de l'Union européenne où elle est ouverte, par un couple ne remplissant pas les conditions » de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, « ne peut constituer à lui seul un processus frauduleux qui devrait priver d'effet la naissance en France de l'enfant en interdisant l'établissement de sa filiation maternelle et de son adoptabilité ». Les magistrats ont également précisé que l'impossibilité d'établir une filiation paternelle ne saurait constituer une fraude à la loi française. L'enfant ne dispose pas en droit français d'un droit à « voir sa filiation établie à l'égard des deux parents de sexe différent dont il est issu ni même d'un droit à voir un lien de filiation biologique établi »¹ alors même que la Cour européenne des Droits de l'Homme a condamné la France en raison de l'impossibilité pour un individu d'établir sa filiation biologique². De ce point de vue, la juridiction de première instance semble avoir voulu écarter préventivement un éventuel moyen tiré du détournement de l'adoption³.

Si les décisions de la juridiction de Versailles ou de celle d'Aix-en-Provence⁴ ne semblent pas conformes avec l'esprit de la loi du 17 mai 2013⁵, elles revêtent une certaine cohérence et logique compte tenu de la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013⁶. Le choix des parents est donc susceptible de faire de l'enfant, issu d'une IAD réalisée à l'étranger, un orphelin. Il est victime de sa famille en raison de la volonté des adultes d'assouvir leur désir d'enfant. Ce manque de cohésion jurisprudentielle rend toutefois nécessaire l'intervention du législateur ou de la Cour de cassation, afin d'éviter toute discrimination entre les enfants nés d'une PMA à l'étranger dont l'adoption est ensuite demandée par le conjoint homosexuel du parent. Dans deux avis rendus le 22 septembre 2014⁷, la Cour de cassation a ainsi estimé que « le recours à

¹ Le tribunal de grande instance de Nanterre s'est également fondé sur « le nouvel article 6-1 [du Code civil qui n'établit aucune distinction entre les époux et les parents dans le régime du mariage et celui de la filiation adoptive ». Il a encore relevé que le ministère public n'alléguait pas que la loi belge méconnaîtrait les « principes essentiels du droit français de gratuité, d'anonymat du don et d'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'auteur d'un don et l'enfant issu de la procréation ».

² Cour EDH, 16 septembre 2011, *Pascaud c/ France*, req. n° 19535/08.

³ REIGNÉ (P.), « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée, note sous TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14803 et TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14804 » *D.*, 2014, p. 1669.

⁴ TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 ; Jurisdata n° 2014-013016 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00113 ; Jurisdata n° 2014-013015 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00013 ; Jurisdata n° 2014-013012 – TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, RG n° 14/01472 ; Jurisdata n° 2014-019510.

⁵ L. n° 2013-404 précitée.

⁶ Cons. const., 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, n° 2013-669 DC.

⁷ Le 19 juin 2014, le tribunal de grande instance d'Avignon a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur cette problématique (TGI Avignon, 19 juin 2014, RG n° 14/00666 ; *AJ fam.*, 2014, p. 431, note BERDEUX-GASCOGNE (F.)). La question de droit était formulée en ce sens : « L'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, est-il de nature, dans la mesure où cette assistance ne lui est pas ouverte en France, en application de l'art. L. 2151-2 CSP, à constituer une fraude à la loi sur l'adoption et notamment aux art. 343 et 345-1 c. civ., et au code de la santé publique, empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère ? ». Le tribunal de grande instance de Poitiers a également saisi la Cour de cassation d'une question similaire le 23 juin 2014. Au contraire, le tribunal de grande instance de Nanterre a refusé de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur

l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »¹. Ce faisant, la Haute juridiction « *écarte la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger* »². Elle considère que cette pratique médicale est autorisée en France, raison pour laquelle le fait que des femmes « *y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* »³. La Cour de cassation tire donc les conséquences de la loi du 17 mai 2013⁴ « *qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant* »⁵. La seule limite consiste uniquement en la réunion des conditions légales de l'adoption et sa conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette solution s'inscrit dans la continuité d'un arrêt *S.H. c/ Autriche* de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans cette espèce, la juridiction européenne a jugé que « *le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et que, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents* »⁶. Or, le droit français n'interdit pas formellement aux couples de femmes de recourir à une PMA à l'étranger. Par conséquent, rien n'empêche l'adoption de l'enfant, né d'une AMP réalisée à l'étranger, par l'épouse de la mère puisque la loi autorise cette adoption.

Pour la Cour de cassation, il n'existe aucune réalisation frauduleuse du désir d'enfant lorsque des femmes ont recours à une IAD à l'étranger pour échapper à la loi française⁷. C'est

la question de savoir si « *l'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur à l'étranger par un couple de femmes, dans la mesure où cette assistance ne leur est pas ouverte en France conformément à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique est de nature à constituer une fraude à la loi sur l'adoption et au code de la santé publique, empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère* » (TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14803 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.) – TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14804 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.)).

¹ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007.

² Communiqué relatif aux avis n° 15010 et n° 15011 du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation (demande n° 1470006 et n° 1470007), disponible sur www.courdecassation.fr/IMG///Communiqu%C3%A9%20Avis%20AMP.pdf, consulté le 23 septembre 2014.

³ Communiqué relatif aux avis n° 15010 et n° 15011 du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation précité.

⁴ L. n° 2013-404 précitée.

⁵ Communiqué relatif aux avis n° 15010 et n° 15011 du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation précité.

⁶ Cour EDH, gr. ch., *S.H. et autres c/ Autriche* précité, § 114.

⁷ Les avis rendus par la Cour de cassation ne lient pas les juridictions qui ont formulé la demande (art. L. 441-3 C. org. jud.), ni *a fortiori* les juges du fond qui ne sont pas à l'origine des avis sollicités. Par conséquent, il est possible que certains magistrats considèrent que le recours à une PMA réalisée à l'étranger et l'adoption consécutive de l'enfant du conjoint constituent une fraude à la loi. L'incertitude jurisprudentielle peut donc subsister tant que la Cour

pourquoi l'épouse de la mère peut adopter l'enfant conçu par ce procédé. Il est toutefois possible de penser que cette solution favorise un détournement de l'institution de l'adoption¹. L'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère peut effectivement constituer l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple homosexuel d'accueillir à son foyer un enfant conçu en exécution d'une PMA réalisée à l'étranger, en raison de l'impossibilité pour une personne célibataire ou un couple homosexuel d'y recourir en France. Il n'y aurait donc pas de fraude à l'AMP, mais une fraude à l'adoption même si les conditions légales de celle-ci sont remplies. Cette solution encourage la fabrication d'enfants adoptables. L'adoption ne semble plus être une institution au service de l'enfant car dans ce cadre, elle n'a plus pour objet de donner au mineur des parents dont il aurait été privé. Elle est utilisée dans un montage juridique destiné à faire entrer l'enfant au sein d'une famille homoparentale. Seuls les effets de l'adoption sont recherchés étant donné que le couple homosexuel n'en poursuit pas la finalité. L'adoption est instrumentalisée *a posteriori* afin de régulariser une situation juridique que la loi française n'aurait pas permis de créer², l'accès à la PMA étant réservé aux couples hétérosexuels. L'adoption participe à un processus de réification de l'enfant. Elle est utilisée afin d'assouvir le désir de personnes au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant³. En effet, elle ne permet pas de réparer le préjudice subi par l'enfant, lequel est volontairement privé d'une filiation sexuée⁴. Ce serait donc l'institution de l'adoption qui serait détournée, et non pas les règles de l'AMP.

Cette solution ne s'inscrit pas dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation refusant tout effet aux conventions de GPA réalisées à l'étranger, même si celle-ci a été, dans une certaine mesure⁵, remise en cause par deux arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme⁶. Cette dernière a effectivement distingué la filiation paternelle de la filiation

de cassation ne tranche pas la question à l'occasion d'un pourvoi en cassation. Certains considèrent néanmoins que ces avis ont « *les atours d'un arrêt énonçant un principe qui comble une lacune volontaire de la loi sur le mariage pour tous* ». Ils auraient donc « *force de loi* », car ils s'apparenteraient à « *un véritable avis de règlement* » et s'imposeraient aux juridictions du fond (ROME (F.), « Avis de tempête ! », *D.*, 2014, p. 1865).

¹ En ce sens : DIONISI-PEYRUSSE (A.), « Procréation médicalement assistée : adoption plénière par l'épouse de la mère, obs. sur Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 », *D.*, 2014, p. 1876.

² En ce sens : EGEA (V.), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2010, § 443.

³ Aucun contrôle juridictionnel n'est dès lors exercé sur les motifs poursuivis par le couple homosexuel, ce qui serait susceptible de conduire à des abus.

⁴ *Infra.* § 382.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), « Convention de gestation pour autrui. – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, note sous CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* : JurisData n° 2014-015212 », *JCP G.*, 2014, note 877 ; NEIRINCK (C.), « Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui ! note sous CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* : JurisData n° 2014-015212 et CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France* : JurisData n° 2014-015214 », *Dr. famille*, 2014, comm. n° 128.

⁶ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, req. n° 65192/11 – Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c/ France*, req. n° 65941/11 ; *infra.* § 466 et s.

maternelle afin de ne pas se prononcer sur la question de la prohibition des maternités de substitution. Seul le refus de reconnaître la filiation paternelle de l'enfant, conforme à une vérité biologique, a été condamné par la juridiction européenne¹.

§ 2/ Le recours à une maternité de substitution

318. L'usage linguistique de la notion de maternité de substitution². – Les progrès scientifiques en matière de biologie et de reproduction ont permis de dissocier la sexualité de la procréation, contribuant ainsi à l'apparition d'un nouveau genre de maternité : la maternité de substitution. Cette technique a connu un nouvel essor depuis vingt ans³, ce qui conforte l'idée qu'il existe une conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. Plusieurs termes sont utilisés pour désigner ce mode de procréation : mère porteuse, mère de substitution, mère de remplacement, mère par procuration, GPA, procréation pour autrui, maternité pour autrui, maternité de substitution. La maternité pour autrui ou de substitution est une technique par laquelle un couple commanditaire ou intentionnel réalise son désir d'enfant avec le concours d'une femme, qui s'oblige à porter l'enfant pour des motifs personnels ou pécuniaires. Ce couple hétérosexuel ou homosexuel peut avoir recours à une convention de GPA pour des raisons de convenance personnelle ou d'infertilité. Une personne seule peut également faire appel à une mère porteuse. Le recours à une GPA permet de pallier un élément de la procréation qui fait défaut par un don étranger.

Deux types de maternité pour autrui coexistent. D'une part, il y a la GPA pour laquelle la mère porteuse est à la fois génitrice et gestatrice. D'autre part, il y a la maternité de substitution où la mère porteuse ne fournit aucun matériel génétique. Elle est uniquement gestatrice. Le développement des techniques d'AMP a renforcé « *l'idée que la conception d'un enfant pouvait, sans risque, emprunter des chemins détournés* »⁴. Si la création d'une vie artificielle par l'AMP est possible, cela pourrait *a fortiori* autoriser une femme à porter l'enfant pour la mère qui se destine à le recueillir et à l'élever. Distinguer la gestation de la maternité permettrait de créer un moyen de procréation assistée afin de répondre à des formes de stérilité utérine. La GPA ne peut

¹ *Infra.* § 471.

² Sur ces précisions terminologiques : DOS REIS (E.), RUFFIEUX (G.), TEREL (J.), WILLEMS (G.), « La maternité de substitution », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 169.

³ LAMBERT-GARREL (L.), « Respect du corps humain, 2.1 Procréation pour autrui et principe d'indisponibilité du corps humain », in VIALLA (F.), [ss. dir.], et REYNIER (M.), MARTINENT (E.), [ss. coord.], *Les grandes décisions du droit médical*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, p. 69.

⁴ CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235 fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, Doc. AN, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 119.

toutefois pas être assimilée aux autres techniques d'AMP¹. Elle remet en cause des principes fondamentaux de la bioéthique et du droit civil, en particulier l'adage « *mater semper certa est* ». C'est la raison pour laquelle les maternités de substitution font l'objet d'une interdiction de principe (A) que certains couples, ou personnes seules, n'hésitent pas à contourner afin de satisfaire leur désir d'enfant (B).

A/ L'interdiction de principe des maternités de substitution

319. Une pratique condamnée. – Le 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* »². De ce point de vue, la Haute juridiction a formellement interdit la pratique de la GPA, ce qu'a confirmé le législateur (1). Cette prohibition se justifie par le fait que la procréation pour autrui aboutit « *à une mise à disposition et une instrumentalisation des femmes* », en ce qu'elle requiert « *une emprise sur le corps des femmes et, plus largement, une atteinte démesurée à leurs droits et libertés fondamentales* »³. Surtout, la GPA est susceptible d'instrumentaliser l'enfant dans l'unique but de permettre à des adultes de réaliser leur désir (2), nonobstant les pratiques étrangères qui autorisent ou tolèrent les maternités de substitutions (3).

1/ L'interdiction légale des maternités de substitution

320. L'indisponibilité et l'inviolabilité du corps humain. – Le corps humain n'est pas que le support matériel d'une personne. Ce n'est pour autant pas une chose, car il est intimement lié à l'être humain qui l'habite. Il n'est toutefois pas une notion synonyme de personne⁴. Il est le contenant de la personne tant que celle-ci vit. Cela est d'autant plus vrai que la disparition de la personne juridique laisse subsister le corps c'est-à-dire un cadavre⁵. Le corps peut se définir comme le corps humain, c'est-à-dire celui de la personne physique. Il désigne parfois la personne

¹ CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235 précité, Doc. AN, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 119.*

² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4.

³ FABRE-MAGNAN (M.), *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 77 et s.

⁴ Sur la question de savoir si le corps est synonyme de personne ou s'il est la personne même : LABBÉE (X.), *Condition juridique du corps humain. Avant la naissance et après la mort*, Lille : Presses Universitaires de Lille, 1990, rééd. 2012, p. 48 et s.

⁵ BINET (J.-R.), « Protection de la personne – Le corps humain », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 16 à 16-13, fasc. 12, 2009, § 2.

même¹. Le corps humain est le support naturel de la personne physique, entité biologique vitale. Il constitue la personne incarnée, en chair et en os, autrement dit la personne humaine en sa réalité physique². Le corps humain, alliance d'un élément matériel, le corps, et d'un élément immatériel, l'âme, ne serait qu'une incarnation du sujet de droit, personne physique³. L'article 16 du Code civil proclame que « *la loi assure la primauté de la personne* ». Chaque individu a droit au respect de son corps⁴, étant donné que « *le corps humain est inviolable* »⁵. Cette pétition de principe tend à protéger la personne. Elle justifie les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps humain. Le corps ne peut pas être mis à disposition. L'article 16-5 du Code civil précise que « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* »⁶. Aucune convention ne peut établir des droits sur celui-ci comme l'affirme l'article 1128 du Code civil. Tout contrat de gestation pour autrui contrevient à ces principes. De telles conventions, qui portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître, sont nulles en application de l'article 1128 du Code civil⁷. Elles contreviennent également au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes. Elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère⁸. L'article 376 du Code civil dispose ainsi qu'« *aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet* ».

¹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o corps.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o humain (corps).

³ Selon Madame Judith ROCHFELD, il peut exister deux conceptions différentes de la notion de personne. D'une part, il y aurait une « *personne abstraite* » qui renvoie à une « *définition fonctionnelle du sujet de droit* ». Ainsi, seraient des personnes, les êtres humains admis à avoir des droits et des obligations. D'autre part, il existerait une « *personne concrète* », ce qui implique un « *constat substantiel de l'existence d'un être humain* ». Cette seconde acception fait référence aux êtres humains charnels. La notion de personne intègre donc « *ses dimensions corporelle et spirituelle* ». Elle ne s'oppose pas à la conception abstraite de la personne. Au contraire, en « *renvoyant à un être humain doté d'un corps et d'un esprit* », la définition concrète « *vient compléter celle technique, d'imputation de droits et d'obligations* ». Par ce biais, le corps et la dignité de la personne sont ainsi protégés (ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2013, p. 11 et s.).

⁴ Art. 16-1, al. 1^{er} C. civ.

⁵ Art. 16-1, al. 2 C. civ.

⁶ Pour certains, l'obligation de gratuité interdirait la marchandisation du corps humain. Tout risque de dérives n'est cependant pas à exclure, ce d'autant plus qu'il est permis de se demander quelles seront les motivations des femmes qui acceptent de porter un enfant pour autrui. La démarche du don n'éviterait pas non plus une réification et une instrumentalisation du corps humain (ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421 fait au nom de la Commission des Affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, Doc. Sénat, 2007-2008, p. 57 et s.).

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 387.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 387.

321. L'indisponibilité de l'état des personnes. – L'état des personnes est un « *ensemble d'éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société* »¹ comme le nom de famille, le prénom, l'âge, le sexe, la filiation. Les individus ne peuvent pas modifier leur état de façon unilatérale ou par contrat. En ce sens, les actions relatives à la filiation sont indisponibles². Toute convention portant sur le lien de filiation est prohibée, ce dernier étant hors commerce en application de l'article 1128 du Code civil. Il n'est pas possible de remettre en cause l'établissement de la filiation maternelle par l'effet de l'adage « *mater semper certa est* ». Il vise à garantir à l'enfant la solidité et le caractère évident de sa filiation³. Seule l'adoption permet de désigner une mère différente de celle qui a accouché. Au demeurant, le rapport de filiation adoptif entre la mère d'intention et l'enfant ne peut pas faire l'objet d'une convention privée en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes⁴. La maternité pour autrui est dès lors sanctionnée en droit civil et en droit pénal.

322. La sanction des maternités de substitution. – L'article 16-7 du Code civil énonce que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Un contrat tendant à l'organisation d'une maternité de substitution est nul en raison de sa contrariété à l'ordre public⁵. Il n'entraîne aucune obligation pour les parties et ne peut faire l'objet d'aucune exécution forcée. L'exécution forcée d'un pacte contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs n'est pas recevable⁶. Cette sanction civile des conventions relatives à une GPA signifie que l'état de l'enfant né d'une telle pratique sera régi par la loi comme s'il n'y avait pas eu de convention. Cette solution s'applique tant pour les GPA réalisées en France que celles accomplies à l'étranger. A cet égard, des parlementaires ont manifesté leur volonté de renforcer l'interdiction des maternités de substitution, notamment en prohibant l'adoption, par le conjoint de l'enfant, né à la suite d'une procréation ou d'une gestation pour le compte d'autrui en France ou à l'étranger. Ils ont également envisagé l'interdiction de toute reconnaissance de filiation issue d'une GPA, y compris si elle concerne des parents de nationalité française⁷. Ces propositions de loi aboutiraient à priver l'enfant de tout lien de filiation avec ses parents d'intention, ce qui ferait de lui une victime de sa famille en raison de la décision du couple de recourir à une GPA.

¹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o état (des personnes).

² Art. 323 C. civ.

³ Art. 311-25 et 325 C. civ. Ce principe est rappelé à l'article 57 du Code civil.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n^o 252.

⁵ Art. 16-9 C. civ.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 1967, *Bull. civ. I*, n^o 67.

⁷ *Proposition de loi n^o 1442 visant à interdire la gestion pour autrui*, Doc. AN, XIV^{ème} législature. Voir également : *Proposition de loi n^o 1445 visant à interdire la gestion pour autrui*, Doc. AN, XIV^{ème} législature.

Le droit pénal ne réprime pas directement les conventions de GPA. Néanmoins, l'article 227-13 du Code pénal incrimine « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant* ». Cette disposition est la conséquence du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Elle permet de protéger la filiation de l'enfant. En effet, cette infraction consiste à attribuer à une femme la maternité d'un enfant dont elle n'a pas accouché. Cela implique tant la simulation de la naissance par la mère fictive que la dissimulation de la maternité de la mère réelle¹. Ce procédé correspond au mécanisme de la GPA dans lequel un enfant est attribué à une femme qui n'a pas accouché. L'article 227-12 du même Code punit également la provocation à l'abandon d'enfant ou l'entremise en vue d'une maternité de substitution. D'une part, est incriminé « *le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître* »². D'autre part, est réprimé « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* »³. Le droit semble donc affirmer une « *prohibition absolue des gestations pour le compte d'autrui* »⁴, ce d'autant plus que d'autres qualifications pourraient être envisagées : l'obtention d'embryons humains contre paiement⁵ ou la mise en œuvre d'une AMP à des fins autres que celles prévues par le Code de la santé publique⁶. Néanmoins, si ces faits ont été réalisés à l'étranger, les délits prévus aux articles 227-12 et 227-13 du Code pénal ne sont pas punissables. Les éléments constitutifs de l'infraction n'ont pas été commis sur le territoire national, sauf à solliciter la transcription des actes de naissance en France⁷.

2/ La justification de l'interdiction légale

323. La remise en cause des fondements du droit de la bioéthique. – L'admission des maternités de substitution comme technique d'AMP pourrait remettre en question certains fondements du droit de la bioéthique⁸ comme l'anonymat ou la gratuité. L'indisponibilité du corps ne serait plus garantie, ce qui conduirait éventuellement à accorder une valeur patrimoniale

¹ Cass. crim., 12 janvier 2000, *Bull. crim.*, n° 21.

² Est également puni « *le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître* ».

³ La peine est doublée si les faits sont commis à titre habituel ou dans un but lucratif.

⁴ SERIAUX (A.), « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.*, 2009, p. 1215.

⁵ Art. 511-15 C. pén.

⁶ Art. 511-24 C. pén.

⁷ TGI Créteil, ord., 30 sept. 2004, *D.*, 2005, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.).

⁸ Voir notamment : COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, Avis n° 110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*.

au corps humain. Ce dernier serait réifié et instrumentalisé dans le seul but de permettre à des couples d'avoir un enfant¹. La GPA est également susceptible d'aboutir à une technicisation de la reproduction comme le montre le glissement sémantique entre AMP, formulation retenue dans le Code de la santé publique, et PMA, vocabulaire couramment employé. Autrement dit, « *la technique médicale n'apparaît plus alors comme un simple accompagnement d'une procréation charnelle, et c'est toute la procréation qui se trouve médicalisée et technicisée* »². Madame Muriel FABRE-MAGNAN évoque à cet égard le risque d'un passage « *de la procréation à la production d'enfant* »³. Des enfants seraient fabriqués et abandonnés pour assouvir le désir de couples. Cette possibilité a été relevée par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques⁴.

324. L'enfant objet d'un contrat. – L'enfant né d'une GPA est désiré et attendu par ses parents intentionnels. Il est néanmoins l'objet d'un contrat, ce qui contreviendrait aux dispositions de l'article 1128 du Code civil. En l'état actuel du droit positif, l'enfant à naître n'est pas une personne. Il ne le devient qu'à compter de la naissance. C'est à ce moment qu'il acquiert la personnalité juridique. La naissance est donc un moment important pour l'enfant conçu. Elle lui permet d'accéder à la vie juridique⁵. Pour autant, au cours de la gestation, l'enfant à naître doit-il être considéré comme un bien, appropriable et disponible à l'opposé de la personne radicalement indisponible ? Une réponse négative semble devoir être apportée à cette interrogation si la qualification de personne par destination est retenue pour désigner le statut de l'enfant à naître⁶. C'est la raison pour laquelle, l'enfant, en tant que futur sujet de droit, ne peut faire l'objet d'une

¹ Madame LABRUSSE-RIOU et Monsieur HAUSER évoquent la création d'une forme de servitude totale pendant neuf mois (CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 146).

² FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 74.

³ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 72.

⁴ CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), *Rapport précité*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.*, 2008, p. 156.

⁵ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 18. D'autres estiment au contraire que la naissance ne revêt qu'une « *importance mineure, et très relative* » (en ce sens : HONHON (Y.), Thèse précitée, Université de Nantes, 2009, tome 1, § 22 et s.). Pourtant, la naissance a bien un rôle important. Elle permet véritablement l'acquisition de la personnalité juridique. Ce principe n'est pas clairement énoncé par le Code civil, mais il ressort implicitement de certains textes, notamment les articles 318, 725 et 906. Elle conditionne également la fiction issue de l'adage romain « *infans conceptus...* » (par exemple : TGI Niort, 17 septembre 2012, RG n° 11/01855). Ce principe reconnaît une personnalité juridique provisoire à l'enfant simplement conçu s'il y va de son intérêt. Or, ce n'est que si l'enfant naît vivant et viable qu'il l'acquiert définitivement. Il sera alors rétroactivement et irrévocablement titulaire des droits acquis avant à sa naissance et ce, à compter du jour de sa conception. La naissance fait enfin accéder avec certitude l'enfant à la qualité de personne s'il naît vivant et viable. Avant, le statut de l'embryon ou du fœtus n'est pas clairement défini car il oscille entre la chose, la personne humaine ou la personne juridique (voir notamment : BAILLON-WIRTZ (N.), « L'enfant simplement conçu », *RLDC*, 2011/87, n° 4436). La naissance serait donc clairement un événement particulier.

⁶ LABBÉE (X.), *op. cit.*, Lille : Presses Universitaires de Lille, 1990, rééd. 2012, p. 256 et s.

convention de GPA¹. En outre, cette pratique pourrait consacrer un droit à l'enfant, ce qui pervertirait la notion de même de droit subjectif. Tout désir ne peut pas créer un droit, ce d'autant plus que la loi a pour fonction d'encadrer et de limiter les désirs individuels. La consécration du désir d'enfant en un droit à l'enfant aboutirait inévitablement à une réification de ce dernier, ce qui ne s'accorde pas avec l'idée que l'enfant à naître est une personne par destination. L'enfant ne peut être considéré comme un simple objet destiné à assouvir la volonté de personnes désireuses d'avoir un enfant et auquel chacun aurait droit.

325. La filiation contractualisée. – La filiation jouit d'une fonction de référence dans la société. Elle permet de situer un individu par rapport aux autres. C'est un lien qui unit des parents à leur enfant. Il s'établit par la mère ou par le père vers l'enfant. L'individu trouve ainsi sa place par référence à ses parents et non en fonction de sa propre origine. La GPA possède une logique différente. Il s'agit d'établir un lien de filiation de l'enfant vers ses parents d'intention. C'est donc l'origine de l'enfant qui est prise en considération. La maternité de substitution a également pour conséquence la remise en cause d'un principe fondamental du droit de la filiation : l'adage « *mater semper certa est* »². La mère ne serait plus celle qui accouche. Une rupture existerait entre la grossesse et l'accouchement d'une femme et la filiation, qui serait établie entre l'enfant et une autre femme. La filiation reposerait sur la volonté des individus, ce qui reviendrait à la contractualiser, et non pas sur une norme générale et objective³. L'introduction d'une autonomie de la volonté dans le droit de la filiation remettrait en cause les principes de sécurité et de stabilité de la filiation⁴. En effet, cette contractualisation de la filiation pourrait favoriser une rupture unilatérale du lien de parenté à l'initiative des parents et *a fortiori* de l'enfant.

3/ L'approche comparée des maternités de substitution

326. La diversité des législations nationales existantes. – L'étude de la législation comparée permet de mettre en évidence deux mouvements contradictoires et équilibrés. Certains Etats ont opté, à l'instar de la France, pour une législation prohibitive des maternités de

¹ En ce sens : MIRKOVIC (A.), « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. famille*, 2008, étude n° 15.

² Art. 311-25 et 325 C. civ. Ce principe est rappelé à l'article 57 du Code civil.

³ CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235 précité*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 168-169.

⁴ Certains considèrent qu'admettre la maternité pour autrui ne conduirait pas à contractualiser la filiation. Ils estiment qu'il est possible d'envisager une dérogation au droit de la filiation, qui encadrerait la GPA et n'abandonnerait pas la filiation à la seule volonté des parties. Ce serait donc la loi qui déterminerait la filiation de l'enfant né d'une GPA, afin de garantir le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421 précité*, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 64-65).

substitution. Au contraire, d'autres législations autorisent et encadrent la GPA, ou s'abstiennent de la faire, ce qui permet d'y recourir¹.

327. La prohibition des maternités de substitution. – Des Etats ont adopté une législation spécifique pour interdire les conventions de GPA. Ces derniers organisent l'interdiction et la nullité des conventions de maternité pour autrui pour des raisons notamment éthiques et morales ou en raison de la contrariété d'une telle convention aux bonnes mœurs. Cette interdiction a été expressément posée en Allemagne², en Espagne, en Suisse, en Italie, au Portugal, en Pologne, en Turquie et au Luxembourg. Le Québec n'interdit pas formellement la pratique des maternités de substitution, mais il est refusé de donner une force obligatoire aux conventions de GPA³.

328. La tolérance à l'égard des maternités de substitution. – La législation belge n'interdit pas explicitement les maternités pour autrui. Elle n'est prévue par aucun texte et se pratique en dehors de tout cadre légal. Néanmoins, un contrat de GPA serait contraire aux 6 et 1128 du Code civil belge⁴. L'illicéité de ce contrat reposerait sur sa contrariété aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Une telle convention serait donc nulle de nullité absolue⁵. En outre, le droit de la filiation belge constituerait un obstacle au développement de la GPA, car la femme qui accouche est considérée comme la mère et la filiation paternelle dépend de l'état civil de la mère de substitution⁶. La

¹ Pour des études détaillées : ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 22 et s. ; CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), *Rapport* précité, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.*, 2008, p. 148 et s. ; DOS REIS (E.), RUFFIEUX (G.), TEREL (J.), WILLEMS (G.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 169 et s. ; GRANET (F.), *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les Etats membres de la CIEC*, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, février 2014 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Etat civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui. Panorama du droit positif dans quelques Etats européens », *AJ. fam.*, 2014, p. 300.

² Ainsi, la cour d'appel provinciale de Berlin a refusé la transcription à l'état civil de la naissance d'un enfant né d'une GPA effectuée en Californie. Cette transcription a été refusée en raison de sa manifeste incompatibilité avec les fondements essentiels du droit allemand, la situation ne portant en outre pas préjudice à la dignité des personnes concernées et l'enfant pouvant toujours accéder à ses origines (KG (Kammergericht) Berlin, 1^{er} août 2013, 1 W 413/12 ; *Petites affiches*, 6 août 2014, n° 156, p. 7, note BOTTIAU (A.)).

³ L'article 541 du Code civil québécois sanctionne par la nullité absolue les conventions de mère porteuse. Ce texte dispose que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ».

⁴ L'article 6 du Code civil belge interdit de déroger par convention privée aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. L'article 1128 du même Code énonce que seules les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent faire l'objet de conventions.

⁵ GRANET (F.), précité, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, février 2014, p. 6.

⁶ ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 26.

jurisprudence belge est cependant nuancée¹ et plusieurs propositions de lois ont été déposées, soit pour interdire la maternité pour autrui, soit pour l'encadrer strictement, soit enfin pour limiter cette pratique au bénéfice de femmes qui ne peuvent mener à terme une grossesse². Les Pays-Bas ne réglementent pas véritablement les maternités de substitution. La GPA y est tolérée à condition qu'elle ne donne lieu à aucune contrepartie financière³. Seules sont prohibées les GPA à finalité commerciale, les maternités de substitution ayant un objet exclusivement altruiste sont acceptées⁴. La maternité pour autrui au moyen d'une fécondation *in vitro* n'est autorisée que si elle constitue l'unique possibilité pour un couple de devenir parents⁵ et à condition que la gestatrice ait déjà eu un enfant et ait réalisé son propre projet familial. Les parents d'intention peuvent également faire appel à une mère porteuse sans fécondation *in vitro*, mais cette possibilité n'est pas réglementée par le droit néerlandais⁶.

329. L'autorisation des maternités de substitution. – Des Etats encadrent et autorisent la maternité pour autrui comme Israël, l'Afrique du Sud, l'Inde ou le Danemark⁷. La Grèce a également autorisé le recours aux GPA. Elles ne sont possibles que sur décision judiciaire et si la mère d'intention est dans l'incapacité médicale de procréer ou s'il existe un risque de transmission d'une maladie grave à l'enfant⁸. La législation grecque apporte ensuite une exception au principe général « *mater semper certa est* ». L'acte de naissance de l'enfant qui naît du processus de GPA désigne immédiatement la mère d'intention comme mère légale du mineur et son mari comme père légal en application de la présomption de paternité⁹. Le Royaume-Uni autorise expressément la gestation pour autrui depuis le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 et

¹ Sur ce point : GRANET (F.), précité, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, février 2014, p. 6.-7 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, *AJ. fam.*, 2014, p. 300.

² ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 26.

³ ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 26 ; CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), Rapport précité, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.*, 2008, p. 151.

⁴ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, *AJ. fam.*, 2014, p. 300.

⁵ La mère d'intention doit être dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme, soit en raison de son infertilité, soit parce que cela la mettrait en danger (GRANET (F.), précité, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, février 2014, p. 10).

⁶ ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 27 ; CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), Rapport précité, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.*, 2008, p. 151.

⁷ Le droit danois a prévu des règles restrictives afin d'empêcher le recours à des GPA à titre onéreux et pour ne pas favoriser cette pratique.

⁸ Afin d'éviter tout tourisme procréatif, la femme demanderesse et la femme gestatrice doivent avoir leur domicile en Grèce (GRANET (F.), précité, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, février 2014, p. 13). Toute contrepartie financière est également interdite (CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), Rapport précité, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.*, 2008, p. 153).

⁹ Si le couple n'est pas marié, il appartient au concubin de la femme de reconnaître l'enfant en exprimant son consentement, par acte notarié, à l'AMP réalisée par mère porteuse.

le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990. Un cadre relativement libéral a été mis en place dans cet Etat. Le recours à une mère porteuse est autorisé bien que la législation ait prévu des restrictions. La maternité de substitution à des fins lucratives est notamment interdite. A la différence du droit grec, la mère gestatrice demeure la mère légale de l'enfant. La naissance du mineur est enregistrée sous le nom de cette dernière. Ce n'est donc qu'ensuite que la filiation de l'enfant peut être modifiée avec son accord¹. Les parents d'intention, s'ils souhaitent obtenir le transfert des droits parentaux, doivent solliciter une décision d'adoption ou une décision parentale, c'est-à-dire un *parental order*, six semaines après la naissance et avant l'expiration d'un délai de six mois². Aux Etats-Unis, la maternité de substitution est autorisée dans différents Etats fédérés comme l'Illinois³ ou l'Arkansas qui ont prévu des législations spécifiques. En Californie, le régime de la maternité pour autrui s'est développé grâce à la jurisprudence⁴. Cet Etat fédéré s'est cependant doté d'une réglementation légale de la GPA, dont les différentes dispositions ont été introduites dans le *Family Code* californien et sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2013⁵. Certains couples français se sont ainsi rendus en Californie pour conclure des conventions de GPA et détourner l'interdiction française des maternités de substitution afin d'assouvir leur désir d'enfant.

¹ Elle ne peut donc pas être contrainte à remettre l'enfant aux parents commanditaires même si un contrat a été conclu entre les parties (GRANET (F.), précité, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, février 2014, p. 14). La convention n'a aucune force exécutoire, mais rien n'interdit aux parents d'intention de demander et d'obtenir l'adoption de l'enfant.

² Cette procédure est subordonnée à plusieurs conditions. Il faut notamment que l'un des deux parents ait un lien génétique avec l'enfant (GRANET (F.), précité, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, février 2014, p. 14). En outre, les parents d'intention doivent être en couple, mariés, en partenariat ou en concubinage et au moins l'un des deux doit avoir son domicile au Royaume-Uni (DOS REIS (E.), RUFFIEUX (G.), TEREL (J.), WILLEMS (G.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 169 et s., spé. p. 198).

³ La législation de cet Etat fédéré prévoit que l'un des deux parents intentionnels au moins doit être le parent génétique de l'enfant. Une attestation médicale est également exigée afin de certifier que la GPA est l'ultime recours pour avoir un enfant. Si la procédure est respectée, les noms des parents commanditaires sont portés sur l'acte de naissance de l'enfant (ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 31).

⁴ Cette construction trouve son origine dans un arrêt de 1993, *Johnson v. Calvert*, de la Cour suprême californienne (*Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993)). En droit californien, la maternité est prouvée soit par l'accouchement, soit par un test génétique. Dans cette espèce, la génitrice et la gestatrice pouvaient toutes les deux prétendre à être la mère légale. Pour établir la filiation de l'enfant, la Juridiction suprême californienne s'est placée au moment de la conception de l'enfant, date à laquelle seule la mère génétique avait l'intention de devenir parent (ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 33). Les parents d'intention peuvent obtenir avant la naissance, si la gestatrice est d'accord, un jugement déclaratoire de filiation à l'égard de l'enfant à naître. Les parents demandeurs sont alors considérés comme les parents légaux de l'enfant. En outre, la jurisprudence découlant de l'arrêt *Johnson v. Calvert* ne garantit pas aux parents d'intention d'avoir la certitude d'être désignés comme les parents de l'enfant à naître si la mère génétique de l'enfant à naître est la mère porteuse (DOS REIS (E.), RUFFIEUX (G.), TEREL (J.), WILLEMS (G.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 169 et s., spé. p. 207).

⁵ DOS REIS (E.), RUFFIEUX (G.), TEREL (J.), WILLEMS (G.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 169 et s., spé. note 129, p. 205.

B/ Le détournement d'institution en cas de maternité de substitution

330. L'apparition du phénomène. – Depuis quelques années, des auteurs soulignent le risque de voir se développer le recours à une maternité de substitution en matière de procréation. Qualifié de « *shopping international* » ou de « *tourisme procréatif* »¹, ce phénomène s'est accentué en raison de la volonté de couples ou de personnes seules à avoir un enfant. Le développement des GPA pose en arrière-plan la question de la filiation de l'enfant qui est soumise à des impératifs de stabilité et de sécurité juridique². La Cour de cassation s'est opposée à toute transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une GPA (1) afin de lutter contre une instrumentalisation du lien parental³. Les parents d'intention ont alors eu recours à d'autres procédés d'établissement de la filiation. La Cour de cassation s'est à nouveau opposée à ce qu'un lien de filiation soit établi entre l'enfant né d'une GPA et ses parents d'intention. Elle considère qu'il s'agit d'un détournement des règles relatives à la filiation (2). La question de l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une GPA mérite donc d'être posée (3).

1/ L'opposition de la Cour de cassation à la transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une maternité de substitution

331. Une position ferme de la Cour de cassation⁴. – La circulaire du 25 janvier 2013 prescrit au ministère public et aux greffiers des tribunaux d'instance, sous réserve que les autres conditions soient remplies, de procéder à la délivrance des certificats de nationalité française pour des enfants nés à la suite d'une GPA, dès lors que le lien de filiation avec un français résulte d'un acte d'état civil probant au regard de l'article 47 du Code civil⁵. Cette circulaire, critiquée en ce qu'elle permettrait de contourner implicitement la loi⁶, ne dispense pas les juges du fond de s'assurer, au-delà de la régularité des actes de naissance dressés à l'étranger⁷, de leur conformité à

¹ LEMOULAND (J.-J.), « Le tourisme procréatif », *Petites affiches*, 28 mars 2001, n° 62, p. 24. Voir également : BYK (C.), « La bioéthique en Europe, un paysage éclaté », *JCP G.*, 1991, I, 3526.

² En ce sens : LEMOULAND (J.-J.), précité, *Petites affiches*, 28 mars 2001, n° 62, p. 24.

³ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Le lien parental », *Petites affiches*, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p. 70.

⁴ CORPART (I.), « Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire les actes de naissance d'enfants nés de « mères porteuses », obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 », *RJPF*, 2013-10/11.

⁵ Circ. du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger, *BOMJ* n°2013-01, du 31 janvier 2013, NOR : JUSC1301528C.

⁶ NEIRINCK (C.), « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 42. *Contra*. BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 269.

⁷ Par principe, « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi » (art. 47 C. civ.).

l'ordre public français avant d'en ordonner la transcription sur les registres de l'état civil. C'est la raison pour laquelle, la Cour de cassation s'est appuyée, dès 2011, « *sur l'ordre public français en matière internationale pour rejeter la transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance étrangers* »¹ de mineurs nés d'une maternité pour autrui. Ainsi, au nom de l'ordre public international et du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la Haute juridiction a refusé que les actes de naissance de ces mineurs puissent faire l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil français, la mère désignée dans l'acte de naissance n'étant pas celle qui a accouché. Dans deux arrêts du 6 avril 2011, elle a considéré qu'« *est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* »². La Cour de cassation a par ailleurs précisé que le refus de transcription ne prive pas les enfants des effets d'une filiation maternelle et paternelle que leur reconnaît le droit étranger. C'est la raison pour laquelle qu'il n'est pas porté atteinte au droit à la vie privée et familiale des enfants au sens de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ni à leur intérêt supérieur tel que garanti par l'article 3, § 1 de la CIDE. Ce refus de reconnaître cette situation familiale créée à l'étranger s'appuie en outre sur une disposition expresse de la loi³. Il n'en demeure pas moins que l'impossibilité pour les parents de disposer d'acte d'état civil français rend difficile l'accomplissement de démarches administratives ou judiciaires⁴. La circulaire du 25 janvier 2013⁵ témoigne de ces difficultés car, nonobstant des soupçons de GPA, un certificat de nationalité française devra être délivré à l'enfant dont la filiation est établie à l'égard d'un parent français par l'acte de naissance étranger⁶. Il ne constitue toutefois pas un document d'identité, un acte de naissance ou un titre de filiation.

¹ FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), « Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.*, 2013, p. 2349.

² Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 71 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 72.

³ Sur ce point : DIONISI-PEYRUSSE (A.), « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris : Dalloz, 2012, p. 157.

⁴ En ce sens : FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), précité, *D.*, 2013, p. 2349.

⁵ Circ. du 25 janvier 2013 précité, *BOMJ* n°2013-01, du 31 janvier 2013, NOR : JUSC1301528C.

⁶ Cela signifie que « *l'ordre public ne permet pas de priver l'enfant de nationalité française alors qu'il vit en France, avec des parents français, au nom de son intérêt supérieur* » (BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 269).

Depuis ces deux décisions de la Cour de cassation, la cour d'appel de Rennes a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Elle a ainsi autorisé la transcription de l'acte de naissance du mineur lorsque la preuve de la maternité de substitution n'était pas rapportée¹. Le 21 février 2012, elle a également admis que l'acte de naissance de l'enfant devait être transcrit sur les registres de l'état civil, malgré la preuve de l'existence d'une GPA, car la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux ne sont pas contestées². L'acte de naissance de l'enfant était donc régulier au regard de l'article 47 du Code civil. Au contraire, cette juridiction a refusé, le 10 janvier 2012, de transcrire un acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une GPA dès lors qu'il ne s'agissait pas seulement d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais aussi d'un achat d'enfant, contraire à l'ordre public³. Dans cette espèce, la fraude à la loi empêchait toute transcription de l'acte naissance sur les registres de l'état civil français. Ces deux décisions de la cour d'appel de Rennes de 2012 ont fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

332. Une position définitive de la Cour de cassation : le recours à la fraude⁴. – Dans deux arrêts du 13 septembre 2013⁵, la Cour de cassation a estimé qu'« *en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* ». Elle a également précisé qu'« *en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqué* »⁶. La démarche des demandeurs, qui se sont rendus en Inde aux fins d'obtenir dans cet Etat ce que le droit français leur interdisait, peut effectivement être qualifiée de fraude à la loi. Il

¹ CA Rennes, 29 mars 2011, RG n° 10/02646 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.).

² CA Rennes, 21 février 2012, RG n° 11/02758 ; *D.*, 2012, p. 878, obs. MIRKOVIC (A.). Voir également : CA Rennes, 8 janvier 2013, RG n° 12/01538 ; *RJPF*, 2013-3/12, obs. CORPART (I.) (dans cette espèce, la mère d'intention est faussement désignée comme la mère de l'enfant dans l'acte de naissance, ce qui ne correspond pas à la réalité ; l'acte de naissance étranger n'étant pas régulier, il ne peut être transcrit).

³ CA Rennes, 10 janvier 2012, RG n° 11/01846 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.).

⁴ CORPART (I.), précité, *RJPF*, 2013-10/11.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-30.138 (cassation de l'arrêt de : CA Rennes, 21 février 2012, RG n° 11/02758 ; *D.*, 2012, p. 878, obs. MIRKOVIC (A.)) – Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 (rejet du pourvoi contre l'arrêt de CA Rennes, 10 janvier 2012, RG n° 11/01846 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.)).

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-18.315.

en résulte ainsi, en vertu de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », que la filiation de l'enfant ne peut être reconnue en France. La Cour de cassation oppose donc aux parents commanditaires la fraude dont ils sont les auteurs¹. Ces derniers ont eu « *l'intention d'é luder une disposition impérative via l'établissement d'un acte régulier en soi* »². Ils ont usé d'un artifice pour se placer en dehors du champ d'application de la loi française qui prohibe la GPA de manière impérative. En d'autres termes, ils ont tenté de se soustraire à son autorité³. La Cour de cassation semble démontrer sa volonté d'interdire tout contournement à l'ordre public français, ce d'autant plus qu'elle a renouvelé sa position en 2014⁴. Les plaideurs ne peuvent donc pas invoquer leur propre fraude pour en demander la régularisation au nom de l'intérêt de l'enfant⁵. « *La constance et la fermeté de la jurisprudence* » de la Cour de cassation « *sont fondées sur la nécessité de donner une réelle effectivité au principe de prohibition* »⁶ des maternités pour autrui. Cette impossibilité de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une GPA a conduit les parents à détourner les procédés permettant d'établir une filiation à l'égard de l'enfant. Il n'en demeure pas moins que le recours à ces procédés a été sanctionné par la Cour de cassation au préjudice de l'enfant à naître, ce qui crée un vide juridique pour ces derniers étant donné qu'ils sont privés de la reconnaissance de leur filiation⁷.

2/ Le détournement des règles relatives à l'établissement de la filiation

333. Le détournement par la reconnaissance. – La caractérisation d'une fraude à la loi devrait interdire toute reconnaissance de paternité et de maternité. En effet, « *le moyen de sanctionner la fraude est d'empêcher que le processus frauduleux n'aboutisse au résultat escompté* »⁸. Autrement dit, l'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant né d'une GPA en droit français ne peut autoriser le détournement d'institution. Si la fraude ne permet pas la transcription

¹ Voir notamment : NEIRINCK (C.), « Fraude et ordre public contre reconnaissances paternelles et transcription des actes de naissance dressés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 : Jurisdata n° 2013-018928 et Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : Jurisdata 2013-018930 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 151.

² FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), précité, *D.*, 2013, p. 2349.

³ GALLMEISTER (I.), « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation, obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 », *D.*, 2013, p. 2170.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

⁵ FABRE-MAGNAN (M.), « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013 n° 12-18.315 et Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013 n° 12-30.138 », *D.*, 2013, p. 2384.

⁶ BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *Droit des personnes et de la famille.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 406.

⁷ En ce sens : LE BOURSICOT (M.-C.), « Semer n'est pas récolter. Les déboires des géniteurs ayant recours à une "mère porteuse" », note sur Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013 n° 12-18.315 et Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013 n° 12-30.138 », *RJPF*, 2013-11/5.

⁸ MIRKOVIC (A.), « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 : Jurisdata n° 2013-018928 et Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : Jurisdata 2013-018930 », *JCP G.*, 2013, note 585.

des actes de naissance dans les registres de l'état civil, elle ne peut permettre d'arriver à un résultat équivalent grâce à une reconnaissance. C'est pourquoi une fausse reconnaissance de paternité ou de maternité pourra être annulée à la demande du ministère public¹, notamment en cas d'atteinte à l'ordre public² et/ou de fraude à la loi³. Par conséquent, la reconnaissance frauduleuse d'un enfant sera nulle lorsqu'elle est étrangère à l'intérêt du mineur et à son éducation⁴, ce qui n'est pas le cas ici. Le parent souhaite établir un lien de filiation avec l'enfant né d'une maternité pour autrui conformément à son intérêt et pour les besoins de son éducation. Le ministère public ne devrait donc pas pouvoir contester la reconnaissance mensongère⁵. Pour autant, en cas de recours à une mère porteuse, la filiation établie ne correspond pas toujours à la réalité biologique. Surtout, elle contrevient aux règles en matière d'indisponibilité de l'état des personnes. La GPA caractérise l'atteinte à l'ordre public et justifie l'action du ministère public⁶. La reconnaissance serait alors nécessairement frauduleuse⁷. L'intérêt supérieur des enfants ne peut justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi⁸. C'est le raisonnement suivi par la Cour de cassation dans sa décision du 13 septembre 2013. Dans cette espèce, elle approuve l'annulation d'une reconnaissance de paternité conforme à la vérité biologique⁹. Elle a considéré que « *l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code* ». L'action du ministère public n'est pas subordonnée à l'existence d'une reconnaissance mensongère. C'est la GPA, en

¹ RAOUL-CORMEIL (G), « Le ministère public et les filiations, à l'ombre et à la lumière du droit », *in op. cit., Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 1217. La mère gestatrice peut également demander la nullité de la reconnaissance (CA Paris, 8 novembre 2001, *RTD civ.*, 2002, p. 85, obs. HAUSER (J.)). Si le mineur est déclaré comme l'enfant de la mère d'intention dans l'acte de naissance, la filiation fautive pourra être contestée par la preuve que la femme n'a pas accouché de l'enfant (CA Rennes, 6 janvier 2005, *Juridata* n° 2005-264861 ; voir déjà : TGI Paris, 24 juin 1986, *D.*, 1987, somm., p. 314, obs. HUET-WEILLER (D.)).

² Art. 423 C. pr. civ. La Cour de cassation a admis que le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci, ce qui est le cas pour les conventions relatives à la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, qui sont nulles. Il est donc recevable à agir en nullité de la transcription d'actes d'état civil américains sur les registres d'état civil (Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, *Bull. civ.* I, n° 289).

³ Art. 336 C. civ.

⁴ CA Versailles, 14 mars 2013, *Juridata* n° 2013-004568. Dans le même sens : CA Rennes, 4 juillet 2002, *Juridata* n° 2002-191286.

⁵ Circ. n° CIV/13/06 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006, NOR : JUSC0620513C, 1^{ère} partie, III, 3, 3.1.1, c).

⁶ En effet, « *l'action du ministère public doit être limitée aux cas où l'ordre public est directement et principalement intéressé* » puisqu'« *il serait inopportun que le ministère public agisse systématiquement pour demander la nullité de la reconnaissance de complaisance, souscrites notamment à l'occasion d'un mariage avec la mère de l'enfant* » (MASSIP (J.), « Le nouveau droit de la filiation (suite) », *Defrénois*, 2006, art. 38312, p. 91, n° 60).

⁷ L'accouchement sous X ne permet pas de présumer la fraude de la reconnaissance (CA Versailles, 17 mai 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 866 obs. HAUSER (J.)).

⁸ CA Versailles, 30 mai 2013, RG n° 12/02519 ; *RJPF*, 2013-10/21, obs. GARÉ (T.) (dans cette espèce, la reconnaissance de paternité était mensongère ; c'est la raison pour laquelle la cour d'appel a estimé que l'intérêt des enfants est de pouvoir conserver la possibilité d'établir leur filiation à l'égard de leur père biologique, ce d'autant plus qu'ils n'avaient noué aucun lien avec l'auteur de la reconnaissance).

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315.

réalisant une fraude à la loi, qui ouvre l'action du ministère public alors même que l'auteur de la reconnaissance est le père biologique de l'enfant. La Cour de cassation en a conclu que la cour d'appel, ayant caractérisé la fraude à la loi commise par le demandeur, a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée. La Haute juridiction fait prévaloir la fraude à la loi, c'est-à-dire la volonté délibérée de contourner la prohibition du droit français, sur la réalité biologique. La reconnaissance ne faisait toutefois que constater cette réalité, ce qui la différencie d'une reconnaissance mensongère couvrant une parenté d'intention. Même si l'enfant ne serait pas né en l'absence de convention de maternité pour autrui, cette solution demeure discutable. Elle prive le mineur d'une filiation conforme à la vérité biologique¹. Dans le même sens, si la reconnaissance de maternité peut être annulée², il faudra prouver l'existence d'un contrat illicite, même gratuit, antérieur à la reconnaissance³ ou démontrer l'impossibilité physiologique pour la mère sociale de concevoir un enfant⁴.

334. Le détournement par l'adoption. – Le recours à l'adoption autorise également le détournement des règles posées aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil, mais cela concerne principalement les couples mariés⁵. Dans cette hypothèse, il suffit que l'époux reconnaisse l'enfant, y compris avant la naissance, puis consente à l'adoption plénière de l'enfant par l'autre conjoint sur le fondement de l'article 345-1 du Code civil. Concrètement, le mari accepte d'inséminer artificiellement une femme, autre que son épouse, puis s'engage à reconnaître l'enfant et à l'accueillir chez lui. La mère porteuse consent ensuite à l'adoption plénière du mineur. Il se peut même qu'elle recoure à un accouchement secret et anonyme⁶. Or, un tel accord entre le couple commanditaire et la mère gestatrice heurte les dispositions de l'article 1128 du Code civil. La Cour de cassation a validé implicitement ce concept de détournement dans sa décision *Alma mater* du 13 décembre 1989⁷. Elle a estimé que l'activité de l'association *Alma mater*, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, « aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ». L'association était nulle en raison de l'illicéité de son objet. En effet, l'adoption n'a pas pour finalité de créer des enfants abandonnés, mais de donner une famille à des enfants

¹ En ce sens : FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), précité, *D.*, 2013, p. 2349.

² CA Rennes, 4 juillet 2002, *Jurisdata* n° 2002-191286.

³ CA Grenoble, 23 février 1993, *Jurisdata* n° 1993-040746 – CA Rennes, 29 mars 2011, RG n° 10/02646 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.).

⁴ TGI Marseille, 27 janvier 1982, *JCP G.*, 1983, II, 20028, obs. PENNEAU (J.).

⁵ RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.*, 1990, p. 254.

⁶ *Infra.* § 352.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, *Bull. civ.* I, n° 387.

qui n'en ont pas¹. Le recours à une adoption pour établir un lien de filiation paraît donc risqué, étant donné que le mineur ne peut pas avoir un état qui ne correspond pas à sa filiation réelle. Par conséquent, une épouse ne peut pas adopter l'enfant de son mari, auteur d'une reconnaissance de paternité, car cette adoption simple ou plénière du mineur n'est que l'ultime phase d'un montage juridique destiné à permettre à un couple d'accueillir un enfant, conçu en exécution d'un contrat de GPA. Ce procédé porte atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Il constitue un détournement de l'institution de l'adoption², ce qui autorise un examen comparé des sangs entre l'enfant et le mari qui l'a reconnu, afin de vérifier qu'il n'existe pas de montage juridique frauduleux³. Certains couples ont alors tenté de faire valoir l'existence d'une possession d'état pour établir un lien de filiation avec l'enfant né d'une GPA.

335. Le détournement par la possession d'état. – Les parents d'intention peuvent revendiquer l'établissement de la filiation de l'enfant en se fondant sur l'existence d'une possession d'état⁴. L'établissement de la possession d'état suppose la réunion de faits qui révèlent le lien de filiation entre l'enfant et sa famille selon l'article 311-1 du Code civil. Ces faits sont les suivants : *tractatus*⁵, *fama*⁶, *nomen*⁷. Ces conditions permettent de déterminer l'existence d'une possession d'état, mais elles sont insuffisantes. Il faut que la possession d'état remplisse des conditions d'efficacité déterminées par l'article 311-2 du Code civil. Elle doit être paisible, publique, non équivoque et continue. De ce point de vue, l'établissement d'une filiation par ce procédé demeure aléatoire. La prétendue possession d'état est viciée. Selon un jugement du tribunal de grande instance de Lille, elle ne peut produire ses effets puisque le contrat de GPA a été conclu intentionnellement en fraude à la loi française⁸. Cela signifie que le caractère non équivoque de la possession d'état fait défaut⁹, dès lors que la preuve de l'existence d'un contrat

¹ En ce sens : CA Rennes, 4 juillet 2002, Jurisdata n° 2002-191286.

² Adoption plénière : Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4 – Cass. civ. 1^{ère}., 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252. Adoption simple : Cass. civ. 1^{ère}., 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 226.

³ Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1999, *Bull. civ. I*, n° 53 ; voir déjà : TGI Paris, 14 octobre 1992, *JCP G.*, 1993, I, 3688, n° 9, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.).

⁴ Art. 310 et 330 C. civ.

⁵ Art. 311-1, 1° et 2° C. civ. Le parent doit traiter l'enfant comme le sien ou comme le feraient ses parents et l'enfant doit considérer cette personne comme son parent. A cet égard, les parents doivent pourvoir à l'éducation, à l'entretien ou à l'installation de l'enfant.

⁶ Art. 311-1, 3° et 4° C. civ. L'enfant doit être reconnu comme celui de la personne qui invoque la possession d'état dans la société et par la famille. Ce lien doit également être reconnu par l'autorité publique.

⁷ Art. 311-5° C. civ. L'enfant doit porter le nom de celui ou de celle dont on le dit issu.

⁸ TGI Lille, 22 mars 2007, Jurisdata n° 2007-338352 ; *D.*, 2007, jurispr. p. 1251, note LABBÉE (X.) ; *Dr. famille*, 2007, comm. n° 122, note MURAT (P.) ; *RTD civ.*, 2007, p. 556, obs. HAUSER (J.).

⁹ Circ. n° CIV/13/06 précitée, NOR : JUSC0620513C, 1^{ère} partie, I, 2, 2.3.2.

de GPA est rapportée¹. La solution de la juridiction de Lille a été confirmée par la cour d'appel de Douai². La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre la décision douaisienne en estimant qu'« *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* » et « *que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français* »³. Par conséquent, la possession d'état des parents vis-à-vis de l'enfant né d'une GPA ne peut produire aucun effet quant à l'établissement de la filiation du mineur. Une possession d'état contraire à la vérité biologique est fondamentalement viciée par les conditions frauduleuses de la remise de l'enfant à ses parents d'intention⁴. Elle ne permet pas l'établissement de la filiation maternelle, et *a fortiori* paternelle. Néanmoins, c'est davantage la filiation maternelle qui est affectée dans ces situations en raison du principe de divisibilité des filiations. L'homme peut toujours reconnaître l'enfant⁵ ou inscrire son nom dans l'acte de naissance du mineur⁶, sauf à ce qu'une fraude à la loi soit démontrée⁷.

3/ L'appréciation *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant

336. Le caractère inopérant de l'intérêt supérieur de l'enfant en présence d'une convention de GPA. – Pour la Cour de cassation, la filiation paternelle résultant d'une reconnaissance prénatale doit être annulée⁸, tandis que la filiation maternelle ne peut pas être établie par la possession d'état⁹ ou l'adoption¹⁰, et *a fortiori* la reconnaissance. En 2011, la Cour de cassation a estimé que le refus de transcription des actes de naissance d'enfants nés à

¹ CA Grenoble, 23 février 1993, Jurisdata n° 1993-040746 – CA Rennes, 29 mars 2011, RG n° 10/02646 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.).

² CA Douai, 14 septembre 2009, *D.*, 2009, p. 2845, note MIRKOVIC (A.) ; *RTD civ.*, 2010, p. 97, obs. HAUSER (J.).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70.

⁴ TGI Paris, 20 décembre 1988, *D.*, 1989, somm., p. 368, obs. HUET-WEILLER (D.).

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 226 – Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252. En ce sens : GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Actions relatives à la filiation – Recherche de maternité », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 325, 326 et 328, fasc. unique, 2009, § 3.

⁶ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 71.

⁷ *Supra*. § 332.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70. *A fortiori*, la filiation paternelle ne pourra être établie par ce procédé.

¹⁰ Adoption plénière : Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4 – Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252. Adoption simple : Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 226.

l'étranger d'une GPA¹, ainsi que le refus de faire produire effet à une possession d'état quant à l'établissement de la filiation² ne sont pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant. La Haute juridiction a également jugé qu'en présence d'une fraude, l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1 de la CIDE ne pouvait être utilement invoqué³. Il en résulte que la Cour de cassation semble considérer qu'il serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de naître d'une mère de substitution. Elle procède à une analyse *in abstracto* de cette notion⁴, ce qui lui permet de refuser tout effet à une convention de GPA et *a fortiori*, l'établissement de la filiation du mineur vis-à-vis de ses parents d'intention.

337. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. – L'intérêt supérieur de l'enfant est une norme générale et abstraite qui a vocation à s'appliquer concrètement⁵. L'appréciation *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de retenir un repère pour tous les mineurs d'une époque et d'une culture. C'est l'intérêt de l'enfant en général qui sert de fondement à une règle⁶. L'appréciation de ce concept conserve toutefois son caractère évolutif en fonction des conceptions éducatives et morales de la société. L'intérêt de l'enfant est le reflet d'une représentation de l'ordre public valable à un moment donné⁷. Dans ce cas, l'approche *in abstracto* permet « une certaine adaptabilité de la loi à l'évolution de la société »⁸. A l'inverse, l'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant autorise la prise en compte des attentes réelles du mineur dans une situation précise. Autrement dit, c'est l'intérêt d'un tel enfant particulier qui fonde la décision dont il est l'objet⁹. Appliqué à la situation de l'enfant né d'une maternité de substitution, cela pose la question de savoir si l'intérêt de l'enfant peut justifier la

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 71 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 72.

² Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315.

⁴ A l'inverse, le Conseil d'Etat semble procéder à une analyse *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant (CE, réf., 4 mai 2011, *Ministre des affaires étrangères et européennes c/ M. Morin*, n° 348778).

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 96 ; GOUTTENOIRE (A.), « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 24 ; GOUTTENOIRE (A.), précité, in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 147. En ce sens : FREMAUX (S.), précité, *RRJ*, 1998-3, p. 865.

⁶ MIRKOVIC (A.), « Non-transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil, note sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 18 mars 2010, n° 09/11017 : Jurisdata n° 2010-002814 », *JCP G.*, 2010, note 498.

⁷ L'ordre public n'en reste pas moins une notion à contenu variable comme l'intérêt de l'enfant. Définir une notion indéterminée du droit de la famille par une autre notion-cadre, volontairement floue et que le juge doit implicitement déterminer, ne paraît pas approprié. Néanmoins, l'ordre public comme l'intérêt de l'enfant permettent de faire prévaloir les droits subjectifs de l'enfant et l'autonomie de la volonté. Surtout, l'ordre public de protection permet de protéger plus particulièrement les droits et l'intérêt de l'enfant en tant que libertés individuelles (GHESTIN (J.), précité, in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 77 ; EGÉA (V.), précité, *RRJ*, 2004-2, p. 651).

⁸ CARBONNIER (J.), précité, in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 99.

⁹ MIRKOVIC (A.), précité, *JCP G.*, 2010, note 498.

reconnaissance d'un lien de filiation avec ses parents, malgré l'existence d'une convention de GPA. L'intérêt supérieur de l'enfant peut dès lors faire l'objet de deux appréciations distinctes en raison du double rôle qui lui est attribué¹. En effet, il est un standard du droit². C'est à la fois un « *instrument d'administration du droit* » et un « *mode de qualification relevant du fond du droit* »³. Ainsi, dans la première hypothèse, l'intérêt supérieur de l'enfant permet de mettre en œuvre la règle de droit dans une situation spécifique que le juge doit trancher. Il fait alors l'objet d'une appréciation concrète. Au contraire, la seconde hypothèse suppose une démarche abstraite. Il s'agit de savoir si une solution juridique générale est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette double approche ne s'oppose pas fondamentalement⁴, mais il n'en demeure pas moins qu'« *une prescription législative inspirée par l'intérêt général de tous les enfants peut s'avérer tout à fait contraire à l'intérêt concret de certains enfants* »⁵.

338. La question de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le droit de la filiation. – En droit de la filiation, c'est l'intérêt de l'enfant apprécié *in abstracto* qui sert de guide au législateur. L'établissement du lien de filiation entre un mineur et ses auteurs est fondé sur des « *règles objectives pensées comme étant les meilleures pour la société en général, et en particulier, les enfants* »⁶. C'est la raison pour laquelle les questions relatives à la filiation ne sont pas tranchées en fonction d'une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant. L'idée consiste à assurer à tous les mineurs la stabilité de leurs états. En effet, l'intérêt spécifique d'un enfant ne peut justifier d'écarter les règles relatives à la filiation, car « *écarter la règle au bénéfice de tel enfant précis priverait tous les autres de la protection que la loi leur assure et de l'évidence de leur filiation* »⁷. L'intérêt général de l'enfant serait atteint, étant donné que les mineurs ne seraient plus protégés contre la possibilité de faire l'objet d'une convention de GPA. Le processus comportant un contrat de maternité pour autrui ne peut donc pas être dissocié de l'établissement de la filiation en raison de l'appréciation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant. Il est en outre permis de se demander « *où est l'intérêt de l'enfant, et où est sa liberté lorsque les adultes font entre eux des arrangements pour déterminer qui seront ses père et mère* »⁸ ?

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 147.

² *Supra.* § 86.

³ RIALS (S.), précité, in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 39.

⁴ FREMAUX (S.), précité, *RRJ*, 1998-3, p. 865.

⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), « L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 35.

⁶ MIRKOVIC (A.), précité, *JCP G.*, 2010, note 498.

⁷ MIRKOVIC (A.), précité, *JCP G.*, 2010, note 498. Voir déjà : MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 15.

⁸ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 69.

Section 2. L'enfant non désiré par sa famille

339. Un droit au refus de l'enfant. – Si « *l'amour immense de ses parents ne peut suffire à instituer un enfant* »¹, l'absence d'amour et la volonté de ne pas devenir parents peut conduire à un refus de l'enfant. Par principe, les individus jouissent d'une liberté de choix quant à la procréation. La légalisation de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) et de la contraception ne paraît pas démontrer le contraire. Le droit au refus d'être parent se manifeste prioritairement par le refus de mettre au monde un enfant². La femme peut librement décider de recourir à une IVG³. Les Etats ont ainsi « *l'obligation positive de créer un cadre procédural permettant à une femme enceinte d'exercer effectivement son droit d'accès à l'avortement légal* »⁴.

L'évolution de la société a conduit à la promotion des droits de la femme, qui peut désormais refuser d'être mère grâce à l'IVG⁵. Un équilibre entre les droits de la mère et le droit à la vie de l'enfant a été recherché, mais la femme peut, en respectant certaines conditions, librement disposer de son corps et consentir à un avortement⁶. C'est « *la conscience qu'elle a de son corps qui l'emportera dès lors qu'il s'agit de ne pas donner la vie* »⁷. Le droit à la vie de l'enfant à naître est donc conditionné par la seule volonté de la mère. La décision de recourir à une IVG ne repose que sur le consentement de la femme, et en l'absence de droit à la vie formellement garanti⁸, sa volonté semble le moyen le plus efficace de protéger la vie de l'enfant à naître⁹. A ce titre, la femme ne peut pas être privée de son « *droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse* »¹⁰. Elle a le droit de décider discrétionnairement

¹ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 117.

² PARICARD-PIOUX (S.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 57.

³ La France a ratifié la CIDE sous la réserve expresse que l'article 6 ne fasse pas obstacle à l'application des dispositions relatives à l'IVG (D. n° 90-917 précité ; L. n° 90-548 précitée), qui n'est d'ailleurs pas contraire aux articles 2 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et 6 du PIDCP (CE, ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, n° 105743, n° 105810, n° 105811, et n° 105812 – Cass. crim., 27 novembre 1996, *Bull. crim.*, n° 431, (2 arrêts).

⁴ Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiqc c/ Pologne*, req. n° 5410/03, § 116-124 – Cour EDH, 26 mai 2011, *R.R. c/ Pologne*, req. n° 27617/04, § 200 – Cour EDH, 30 octobre 2012, *P. et S. c/ Pologne*, req. n° 57375/08, § 99.

⁵ En ce sens : LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, § 80.

⁶ DIESSE (F.), « La situation juridique de l'enfant à naître : entre pile et face », *RRJ*, 2000-4, p. 1429 ; SAINTE-ROSE (J.), « La condition juridique de l'enfant à naître », in MUZNY (P.), [ss. dir.], *La liberté de la personne sur son corps*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 21.

⁷ FOYER (JE.), MAZEAUD (P.), PUIGELIER (C.), « La conscience du corps (Remarques sur les libertés et droits corporels) », in *op. cit.*, *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris : Economica, 2008, p. 384.

⁸ Cour EDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, req. n° 53924/00, § 82, 84 et 85.

⁹ Un médecin, qui écourte le délai de réflexion prévu par la loi et omet de recevoir la confirmation par écrit de la volonté de la patiente (art. L. 2212-5 C. santé pub.), entraîne, par sa faute, une perte de chance pour la femme enceinte. En effet, elle n'a pas pu prendre sa décision dans la sérénité après l'avoir mûrie. Celle-ci a accepté d'engager le processus d'interruption de grossesse, sous le coup de l'émotion de la découverte d'une grossesse non désirée (Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 2011, n° 10-15.550).

¹⁰ CE, ass., 31 octobre 1980, *Lahache*, n° 13028.

du sort de l'enfant. Jusqu'à la loi du 4 août 2014¹, la femme qui s'estimait dans une situation de détresse pouvait recourir à une IVG². Or, « *la notion de détresse étant purement subjective et ne pouvant être contrôlée par personne – ni par le mari, ni par le médecin, ni par le juge – force est de reconnaître que l'avortement [était], de fait, totalement libre* »³. L'article L. 2212-1 du Code de la santé publique a donc été modifié.

La loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes paraît faire de l'accès à l'IVG un droit à part entière pour les femmes⁴. Les mots « *que son état place dans une situation de détresse* », contenus à l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, ont été remplacés par « *qui ne veut pas poursuivre une grossesse* »⁵. Cette volonté législative de reconnaître à la femme le droit d'accéder à l'IVG a été affirmée par le législateur. Pour certains parlementaires, « *l'IVG conservait encore, près de quarante ans après sa légalisation, son statut de dérogation* ». Selon eux, « *il était nécessaire d'affirmer le droit des femmes à disposer de leurs corps, celles-ci devant être les seules juges de leur état et des motifs pour lesquels elles ont recours à une IVG* »⁶. C'est la raison pour laquelle ils ont adopté cette modification sémantique afin de consacrer « *l'IVG en tant que véritable droit pour les femmes* »⁷. Autrement dit, le législateur accorderait à la femme le droit d'accéder à l'avortement. Il est ainsi permis de penser que la femme pourrait interrompre sa grossesse pour des raisons de convenances personnelles⁸. La question se pose alors de savoir si la liberté ne pas donner la vie pourrait se traduire par un droit à ne pas donner la vie pour la femme⁹. En principe, la faculté qui est donnée à la femme de recourir à une IVG est une liberté. Il n'existe

¹ L. n° 2014-873 précitée.

² Art. L. 2212-1 C. santé pub. L'interruption de grossesse pour motif médical est également possible (art. L. 2213-1 C. santé pub.).

³ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010, p. 11. En ce sens : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 26-27 ; PARICARD-PIOUX (S.), précité, *in* NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 57 ; LABBÉE (X.), « Respect et protection du corps humain – L'enfant "in utero" personne par destination ? », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 16 à 16-14, fasc. 54, 2012, § 60.

⁴ La loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 (L. n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, *JO*, 8 décembre 2012, p. 19821, art. 50), complétée par un décret du 25 mars 2013 (D. n° 2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du Code de la sécurité sociale pour les frais liés à une interruption volontaire de grossesse et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures, *JO*, 27 mars 2013, p. 5133) abonde en ce sens. Le législateur a en effet facilité l'accès à l'IVG en organisant un remboursement à 100% des actes d'IVG pour toutes les assurées sociales.

⁵ L. n° 2014-873 précitée, art. 24.

⁶ DENAJA (S.), *Rapport n° 1663 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1380) pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 167. Même sens : MEUNIER (M.), *Avis n° 426 présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, *Doc. Sénat*, 2013-2014, p. 13-14.

⁷ DENAJA (S.), *Rapport n° 1663* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 167.

⁸ En ce sens : PARICARD-PIOUX (S.), précité, *in* NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 57.

⁹ Sur cette question : HAUSER (J.), « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », *in* JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 9.

pas de véritable droit à l'avortement¹. L'IVG est « *un droit législativement consacré* »² qui donne à la femme « *un surcroît de liberté* »³. Juridiquement, l'avortement ne serait donc pas un droit subjectif de la femme, d'autant que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ne saurait s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement⁴. Ce serait une liberté consentie à la femme et législativement encadrée.

Le Conseil constitutionnel n'a jamais affirmé l'existence d'un droit à l'avortement, mais uniquement le fait que le législateur est susceptible d'intervenir pour l'autoriser dans certaines circonstances⁵. Le Parlement dispose effectivement d'un pouvoir d'appréciation dès lors qu'il respecte un équilibre entre les principes constitutionnels de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et la liberté de la femme⁶. La décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 2014⁷ abonde néanmoins dans le sens d'une transformation du recours à l'IVG d'une liberté en un droit subjectif⁸. Les Sages n'ont pas déclaré inconstitutionnel l'article 24 de la loi du 4 août 2014⁹ considérant que les dispositions de la loi du 17 janvier 1975 ont autorisé « *une femme à demander l'interruption volontaire de sa grossesse lorsque "son état" la "place dans une situation de détresse"* » et que celles-ci « *réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation* ». Dès lors, « *la modification, par l'article 24, de la rédaction des dispositions de la première phrase de l'article L. 2212-1, qui prévoit que la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle* »¹⁰. La suppression de la référence à l'état de détresse par la loi et la référence à la seule volonté de la femme tendent à la reconnaissance d'un droit subjectif pour celle-ci. Par conséquent, le législateur n'entend plus exclure tout risque de fraude à la loi¹¹ et le principe de respect de l'être humain dès le commencement de la vie ne semble plus protégé¹². Il n'en demeure pas moins que l'avortement permet à la femme de mettre en œuvre son droit au

¹ PICHARD (M.), *op. cit.*, Paris : Economica, 2006, § 99. Voir également : ARCHER (F.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2003, § 272 et s.

² HAUSER (J.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 9

³ PICHARD (M.), *op. cit.*, Paris : Economica, 2006, § 100.

⁴ Cour EDH, gr. ch., 16 décembre 2010, *A. B. et C. c/ Irlande*, req. n° 25579/05, § 214.

⁵ Cons. const., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 74-54 DC – Cons. const., 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, n° 2001-446 DC.

⁶ Cons. const., 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, n° 2001-446 DC, considérant n° 4 et 5.

⁷ Cons. const., 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, n° 2014-700 DC, considérant n° 4.

⁸ MATHIEU (B.), « Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG », *JCP G.*, 2014, act. 917.

⁹ L. n° 2014-873 précitée.

¹⁰ Cons. const., 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, n° 2014-700 DC, considérant 4.

¹¹ Comparer : Cons. const., 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, n° 2001-446 DC, considérant n° 5.

¹² MATHIEU (B.), précité, *JCP G.*, 2014, act. 917.

refus de l'enfant, même si cela constitue une négation de la personne de l'enfant à naître. Le refus de donner la vie peut s'analyser comme une atteinte la dignité de la personne à naître considérée comme un objet¹. Elle conserve également cette possibilité une fois que le mineur est né².

Si l'enfant naît, les parents se trouvent immédiatement investis d'un rôle protecteur envers le mineur. Il est néanmoins possible que l'enfant ne soit pas désiré par sa famille. C'est pourquoi le droit a pris en compte la volition des individus de ne pas être parents. Un « *droit pour les parents de refuser l'enfant* »³ dès sa naissance a été consacré, afin de protéger la santé et la sécurité du mineur non désiré par sa famille. Ce droit au refus d'être parent est garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, étant donné que cette disposition s'applique aux décisions de devenir ou de ne pas devenir parent⁴. De ce point de vue, les autorités publiques doivent respecter le choix des parents qui décident volontairement de se séparer de l'enfant « *quand il n'a plus été possible de faire le choix de ne pas donner la vie* »⁵.

340. Un conflit de droits. – Présent dès l'Antiquité avec l'exposition des nouveau-nés, l'abandon s'est réellement institutionnalisé en France à l'époque moderne avec l'usage du tour d'abandon pour éviter les infanticides⁶. La mère pouvait abandonner anonymement son enfant. Dès 1630, Saint VINCENT DE PAUL organisa l'accueil des enfants abandonnés ou trouvés. Puis, au cours de la Révolution, le secret de l'accouchement est légalisé par le décret du 28 juin 1793. Ce texte constitue le premier cadre législatif d'un long processus⁷ qui aboutira à la consécration de l'abandon secret par la loi du 27 juin 1904. Le droit donne aux parents la possibilité d'abandonner l'enfant tout en gardant secrètes leurs identités. Cette loi supprime également la pratique du tour qui est remplacée par la remise secrète de l'enfant dans un local ouvert de jour comme de nuit. C'est l'abandon à bureau ouvert. Le décret-loi du 2 septembre 1941 organise enfin l'accouchement anonyme en garantissant le secret de l'identité de la parturiente. Malgré l'abrogation de ce texte, le droit à l'anonymat est confirmé avec les décrets du 29 novembre 1953

¹ DOUCHY-LOUDOT (M.), précité, *RLDC*, 2010/72, n° 3852. Voir également : MATHIEU (B.), précité, *JCP G.*, 2014, act. 917.

² En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}., 15 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 213 (dans cette espèce, les magistrats ont également précisé que le seul fait d'avoir un enfant non désiré n'est pas un préjudice juridiquement réparable pour la mère ; pour une application récente : CA Metz, 19 février 2013, RG n° 11/01192).

³ LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010, § 127.

⁴ Cour EDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, § 71 – Cour EDH, *R.R. c/ Pologne* précité, § 180 – Cour EDH, *P. et S. c/ Pologne* précité, § 111.

⁵ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Le choix de donner la vie sans qu'une filiation soit établie », in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 27.

⁶ NEIRINCK (C.), « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G.*, 1996, I, 3922.

⁷ Sur ce point : BARÈGES (B.), *Rapport de la Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, Doc. AN., XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010, p. 10-12.

et du 7 janvier 1959¹. La loi du 8 janvier 1993² consacre définitivement l'accouchement anonyme et secret. Une nouvelle dimension est donnée à l'abandon avec l'introduction de l'accouchement secret et anonyme dans le Code civil. Cette loi du 8 janvier 1993 tire effectivement d'un fait, l'accouchement secret et anonyme, des conséquences de droit au regard de la filiation³. Le droit d'abandonner secrètement et anonymement l'enfant s'est ancré dans le paysage juridique français. En contrepartie, le droit d'accéder aux dossiers des pupilles apparaît dans la législation avec loi du 17 juillet 1978⁴, complétée par la loi du 11 juillet 1979⁵. Le législateur a donné aux mineurs la possibilité d'accéder à la connaissance de leurs origines familiales, mais à condition que cela ne porte pas atteinte au secret protégé par la loi. La loi du 5 juillet 1996⁶ assouplit les conditions d'obtention de renseignements non identifiants, bien que le dispositif mis en place en 1993 n'ait pas été modifié. Le droit n'évoluera réellement qu'avec la loi du 22 janvier 2002⁷ qui reconnaît à l'enfant un droit à la connaissance de ses origines personnelles et supprime la demande de secret en cas de remise de l'enfant à l'ASE⁸. Dorénavant, le droit au secret se limite à l'accouchement sous X⁹.

De ce corpus législatif apparaît une opposition de droits subjectifs¹⁰ : le droit pour le parent de taire sa paternité ou sa maternité et le droit pour l'enfant, au nom de la vérité biologique, de connaître ses origines¹¹. Ce conflit de droit entre liberté et vérité suppose de s'interroger sur les enjeux de l'abandon volontaire¹². Cela permettra de comprendre les raisons pour lesquelles le droit au refus de l'enfant a été consacré par le législateur (§ 1), nonobstant les

¹ D. n° 53-1186 du 29 novembre 1953 portant réforme des lois d'assistance, *JO*, 3 décembre 1953, p. 10759 ; D. n° 59-101 du 7 janvier 1959 modifiant et complétant le code de la famille et de l'aide sociale en ce qui concerne la protection de l'enfance, *JO*, 8 janvier 1959, p. 601.

² L. n° 93-22 précitée.

³ NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922.

⁴ L. n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JO*, 18 juillet 1978, p. 2851.

⁵ L. n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO*, 12 juillet 1979, p. 1711.

⁶ L. n° 96-604 précitée.

⁷ L. n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, *JO*, 23 janvier 2002, p. 1519.

⁸ L'article L. 224-5 du Code de l'action sociale et des familles a été modifié en ce sens.

⁹ La loi ne consacre pas l'expression « accouchement sous X ». C'est une habitude prise dans le langage courant afin de désigner la femme qui demande le secret de son admission et de son identité conformément à l'article 326 du Code civil. L'« accouchement sous X » est donc juridiquement un accouchement secret et anonyme.

¹⁰ CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 78-79. Dans le même sens : BARÈGES (B.), *Rapport* précité, *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010, p. 46 ; CORPART-OULERICH (I.), « Le secret des origines », *RDSS*, 1994, p. 1. Egalement en ce sens : GRATALOU (S.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1998, § 176.

¹¹ Art. 7, § 1 CIDE.

¹² L'abandon du mineur, en tant que manifestation du droit au refus de l'enfant, s'entend ici comme un abandon explicite, définitif et délibéré, le plus souvent à la naissance de l'enfant. Il se distingue de l'abandon de fait qui correspond à une situation de délaissement parental, où les parents se désintéressent manifestement du mineur (*supra*, § 34). Sur cette distinction : HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, novembre 2009, p. 131.

revendications actuelles d'un droit à l'accès aux origines personnelles¹, que Monsieur Pierre MURAT évoquait déjà comme le « *prochain combat, pour les années à venir, du mouvement d'accès aux origines* »². Cette reconnaissance du droit au refus de l'enfant fait du mineur une victime du choix de sa famille, même si parfois cette décision n'est pas commune à tous les membres de la famille. L'abandon de l'enfant non désiré est « *un phénomène complexe qui met en exergue les droits de la mère, mais aussi ceux de l'enfant et les droits du père* »³ voire ceux des grands-parents (§ 2).

§ 1/ Les enjeux de l'abandon volontaire de l'enfant non désiré

341. La recherche d'un équilibre. – Le droit au refus de l'enfant se traduit concrètement par l'abandon de ce dernier à sa naissance ou durant sa minorité. Le terme d'abandon, « *considéré comme traumatisant pour les parents, et vecteur d'une image dévalorisante pour le service* »⁴ de l'ASE, a été écarté par la loi du 6 juin 1984⁵. Cette modification terminologique⁶ n'a pas fait disparaître la nécessité d'organiser juridiquement la séparation du mineur et de sa famille, surtout si celle-ci a fait le choix de se séparer de l'enfant dès la naissance⁷. A cet égard, l'enfant est indéniablement victime du choix de ses parents de naissance⁸, qui le privent d'une identité et de

¹ Depuis le début des années 1990, des ouvrages, des contributions à des travaux collectifs ou des rapports ont mis en évidence les difficultés liées à la conciliation du droit au refus de l'enfant et du droit du mineur à connaître ses origines. Voir notamment : BONNET (C.), *Les enfants du secret*, Paris : Odile Jacob, 1992 ; DELAISI (V.), VERDIER (P.), *op. cit.*, Paris : Odile Jacob, 1994 ; NEIRINCK (C.), « Le droit pour l'enfant de connaître ses origines », in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 29 ; THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Odile Jacob, Doc. fr., 1998 ; DREIFUSS-NETTER (F.), « L'accouchement sous X et le droit de connaître ses origines », in *op. cit.*, *Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 57 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999 ; THERY (I.), *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010 ; BARÈGES (B.), Rapport précité, *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010 ; THERY (I.), « Ne pas être privé par l'Etat de l'accès à ses origines : un droit fondamental de l'homme », in TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.], *Réflexion sur la loi bioéthique*, Paris : Mare & Martin, 2012, p. 63 ; GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014 ; THERY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *Doc. fr.*, 2014.

² MURAT (P.), « La question de la filiation », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 67.

³ BARÈGES (B.), Rapport précité, *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010, p. 25.

⁴ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 324.

⁵ L. n° 84-422 précitée.

⁶ Le terme abandon employé par la suite ne revêt aucun caractère péjoratif. Son emploi traduit la remise volontaire de l'enfant à l'ASE par ses parents ou le recueil de l'enfant par ce service.

⁷ En ce sens : DREIFUSS-NETTER (F.), « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 99.

⁸ Le parent de naissance désigne le parent biologique avec lequel l'enfant n'a jamais eu de filiation juridiquement consacrée. C'est l'hypothèse de l'enfant né sous X qui n'a pas de filiation établie ou connue. Par analogie, le parent de naissance est aussi celui qui a remis l'enfant à l'ASE avec demande de secret avant 2002 (L. n° 2002-93 précitée), ce d'autant plus qu'un acte de naissance, dit provisoire, était rédigé en application de l'article 58 du Code civil. Le parent de naissance se distingue du parent d'origine, également parent biologique, avec lequel l'enfant a eu

la possibilité de construire des relations familiales. Cette première approche semble néanmoins réductrice. En effet, si la remise volontaire de l'enfant au service de l'ASE est un acte délibéré des parents, accompli souvent dans une situation de désarroi ou de grande détresse, elle est le plus souvent guidée par l'intérêt supérieur de l'enfant et non par la simple intention de se débarrasser de celui-ci¹. L'abandon de l'enfant par ses père et mère serait alors la manifestation d'un « *geste d'amour* »². L'enfant non désiré par sa famille sera donc remis à l'ASE par ses parents, puis admis comme pupille de l'Etat afin que sa protection soit effectivement assurée³. Cet abandon tend à assurer la protection préventive du corps de l'enfant (A). L'article 7, § 1 de la CIDE affirme toutefois la primauté de la famille de naissance du mineur. Cela signifie que ce dernier doit être protégé contre des ingérences arbitraires des autorités publiques dans la famille. Il a le droit d'être protégé contre les atteintes qui pourraient être portées à sa filiation ou des décisions qui aboutiraient à confier son éducation à des personnes autres que ses parents biologiques⁴. L'idée consiste à protéger son droit à la vie privée et familiale, ce d'autant plus que ses parents « *sont a priori les mieux à même d'agir pour l'intérêt de l'enfant* »⁵. Cette primauté accordée à la famille de naissance souffre néanmoins de restrictions. L'article 7, § 1 de la CIDE précise que le droit pour le mineur de connaître ses parents et d'être élevés par eux s'exerce dans la mesure du possible. Par conséquent, des exceptions à ce droit sont envisageables. L'accouchement sous X n'a ainsi pas été jugé contraire aux Droits de l'Homme et aux Libertés fondamentales (B).

A/ La protection préventive du corps de l'enfant non désiré

342. Le droit au respect de son corps. – L'article 16 du Code civil rappelle que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* », tandis que l'article 16-1 du même Code garantit au nouveau-né le droit au respect de son corps et la protection de sa personne dès sa

un lien de filiation reconnu par le droit. Il a cependant disparu en raison d'une adoption plénière ou a été relégué au second rang suite à une adoption simple. Une filiation établie et connue a donc existé entre l'enfant abandonné et le parent d'origine (NEIRINCK (C.), « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS*, 2002, p. 189). Si le parent de naissance et le parent d'origine sont distincts en droit, ils s'opposent toutefois au parent adoptif en ce qu'ils ont un lien biologique avec l'enfant adopté par la suite.

¹ RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Droits de la mère et droits de l'enfant : Réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ.*, 1991, p. 695. Egalement : ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 324.

² BONNET (C.), *Geste d'amour. L'accouchement sous X*, Paris : Odile Jacob, 1990.

³ L'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles définit les catégories de mineurs « abandonnés » par leur famille et admis en qualité de pupille de l'Etat. *Infra.* § 487 et s. pour les formes de l'abandon.

⁴ MURAT (P.), « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.

⁵ MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.

naissance. Cette protection du corps de l'enfant dès la naissance est fondamentale. En effet, « *le moment de plus grande fragilité de l'enfant, où le refus des parents représente le plus grand danger pour sa vie, est incontestablement celui qui suit la naissance* »¹. C'est pourquoi une procédure d'abandon volontaire, « *substitu[t] à une tentation d'infanticide* »², a été organisée. Cette possibilité, que la loi donne aux parents de refuser l'enfant à la naissance, est d'autant plus importante qu'elle permet la déclaration régulière de la naissance du mineur, spécialement par l'accouchement anonyme³. Son accès à la vie juridique est garanti même si l'abandon protège prioritairement le corps de l'enfant, c'est-à-dire son droit à la vie (1) et son droit à l'intégrité physique (2).

1/ La protection du droit à la vie de l'enfant non désiré

343. La prévention des infanticides. – La Cour européenne des Droits de l'Homme a affirmé que « *le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et [...] forme la valeur suprême dans l'échelle des Droits de l'Homme* »⁴. A cet égard, les Etats doivent prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie humaine⁵. La remise volontaire de l'enfant au service de l'ASE permet donc d'assurer la prise en charge médicale et sociale de l'enfant. De cette manière, les autorités publiques protègent le droit à la vie de l'enfant garanti par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et l'article 6 de la CIDE. L'abandon de l'enfant par ses parents, tel qu'il est organisé par la loi, « *éviterait les avortements, les accouchements et les abandons sauvages* »⁶, voire les infanticides. Il permet « *aux parents d'éliminer l'enfant indésiré tout en lui laissant une chance de survie* »⁷. L'infanticide, ou plutôt le néonaticide, est souvent lié à une grossesse non désirée par la femme, qui se trouve fréquemment dans un état de détresse sociale et/ou affective. Elle est isolée et ne bénéficie d'aucun soutien, même si elle est en couple.

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 114.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 106.

³ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *Op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 27

⁴ Cour EDH, gr. ch., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, req. n° 34044/96, n° 35532/97 et n° 44801/98, § 94

⁵ Cour EDH, 9 juin 1998, *L. C. B. c/ Royaume-Uni*, req. n° 23413/94, § 36 – Cour EDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. n° 23452/94, § 115.

⁶ POISSON-DROCOURT (E.), « L'accouchement sous X », in *op. cit.*, *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris : Economica, 2008, p. 811.

⁷ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 106.

Ces éléments ont été rappelés par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le 13 février 2003, dans l'arrêt *Odièvre c/ France*¹ que ce soit pour l'abandon organisé de l'enfant dès sa naissance ou *a posteriori*. L'argument de l'infanticide est souvent avancé pour légitimer l'accouchement secret et anonyme², qui ne serait qu'une mesure de sauvegarde du nouveau-né. Le Conseil constitutionnel a rendu une décision QPC dans le même sens à propos de l'accouchement sous X³. Il est donc permis de penser que « *le droit pour la mère d'accoucher dans l'anonymat peut passer pour constituer aussi une protection de l'intégrité physique de l'enfant* »⁴. Cela évite à la femme de délaisser son enfant dans un lieu quelconque, c'est-à-dire de l'abandonner physiquement⁵. L'accouchement sous X permet d'anticiper l'infanticide du nouveau-né, mais il pourrait également permettre de faire face au problème du déni de grossesse.

344. Le déni de grossesse. – L'infanticide n'implique pas nécessairement un déni de grossesse. Celui-ci peut se définir comme la situation d'une femme enceinte qui n'a pas conscience de l'être. La femme n'a pas connaissance de son état de grossesse, parfois même jusqu'à la naissance du mineur, puisque son corps n'évolue pas en conséquence. Cette affection est susceptible de toucher n'importe quelle femme au sein de la population, peu importe son milieu social. Le déni de grossesse a pu être qualifié de problème de santé publique⁶. Actuellement, il ne bénéficie d'aucun statut juridique autonome, étant donné que sa définition suscite un certain nombre de controverses dans le corps médical. Le déni de grossesse pourrait néanmoins constituer un trouble ayant altéré ou aboli le discernement de la femme, auteur d'un homicide volontaire sur le nouveau-né⁷. En effet, dans cette hypothèse, la femme se trouve dans une détresse importante. C'est la solution adoptée par la cour d'assises de la Gironde le 7 septembre 2012. La juridiction a retenu une cause d'irresponsabilité pénale au titre de l'article 122-1 du Code pénal. Dans cette espèce, il a été jugé que « *si le déni de grossesse, qui n'a pu se prolonger jusqu'à l'accouchement et au-delà, ne peut être considéré en lui-même comme une situation qui mettait [la femme] dans l'impossibilité totale de faire face aux obligations de soins*

¹ Cour EDH, gr. ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. n° 42326/98, § 45 (une enfant est abandonnée après sa naissance par sa mère qui l'a remise aux services de l'ASE avec demande de secret ; au cours de la recherche de ses origines, la requérante s'est heurtée au secret demandé par sa mère lors de l'abandon ; malgré les références à l'accouchement anonyme dans cet arrêt, il ne s'agit pas en l'espèce d'un accouchement sous X ; la femme n'a pas demandé explicitement le secret de son identité lors de l'accouchement ; il est intervenu lors de la remise de l'enfant âgé de deux mois). Voir également : Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godelli c/ Italie*, req. n° 33783/09, § 64.

² Sur ce point : TRILLAT (B.), « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », *in op.cit., Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 513.

³ Cons. const., 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* [Accès aux origines personnelles], n° 2012-248 QPC, considérant n° 6.

⁴ MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.

⁵ *Supra.* § 59 et s.

⁶ TERRADE (O.), Question écrite n° 08986, *JO Sénat Q*, 4 juin 2009, p. 1368.

⁷ Rép. min. Justice à question écrite n° 08986, *JO Sénat Q*, 10 septembre 2009, p. 2168.

vis-à-vis de son bébé [...], l'état de détresse absolue dans lequel elle s'est trouvée, accouchant soudainement alors qu'elle commençait juste à intégrer le fait qu'elle se trouvait enceinte, la douleur physique [...], l'état de panique qui a été le sien, en tous cas dans les minutes qui ont suivi cet accouchement, correspondent à un trouble psychique ayant véritablement aboli le discernement de [celle-ci] pendant un moment qui s'est prolongé au moins sur les quelques minutes qui ont suffi [...] pour que le bébé qui venait de naître décède »¹. La cour d'assises du Nord, le 9 octobre 2012, a acquitté une femme, placée dans une situation similaire, car elle était dépourvue de toute intention délictueuse². Le déni de grossesse, en ce qu'il caractérise une cause d'irresponsabilité pénale ou un défaut d'intention, ne fait cependant pas l'objet d'une consécration jurisprudentielle. La cour d'appel d'Amiens a pu confirmer la culpabilité et la peine d'une femme alors qu'un déni de grossesse avait été évoqué³.

La mansuétude dont la femme peut bénéficier ne doit pas faire oublier la situation de l'enfant qui vient de naître. Lorsque « *l'accouchement a lieu dans la solitude, il n'est pas rare que ces cas se soldent par la mort du nouveau-né, soit accidentellement, soit par manque de soins* »⁴, soit par un acte volontaire de la femme. Le retour à la réalité, parfois brutal, peut conduire la mère à des pulsions infanticides après la naissance clandestine du mineur⁵. La recherche de la responsabilité pénale de la mère est dès lors insuffisante pour protéger l'enfant⁶. A l'inverse, si l'enfant survit et que la femme ne se sent « pas prête » à assumer ses responsabilités, l'abandon de l'enfant assure la protection effective du droit à la vie de celui-ci. Conformément à l'article 20 de la CIDE, une protection de remplacement pourra également être offerte à l'enfant. Le risque de délaissement ou de maltraitance n'est en effet pas négligeable après un déni de grossesse. L'accouchement anonyme et secret peut donc garantir une protection au mineur, puisque cela permet à la femme de s'en séparer dès la naissance. Et si la famille décide de garder l'enfant, il est toujours possible de s'en séparer par la suite.

2/ La protection de l'intégrité physique de l'enfant non désiré

345. La prévention d'un délaissement ou d'un danger. – L'abandon organisé permet de protéger préventivement la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant ainsi que les conditions de

¹ C. assises de la Gironde, 7 septembre 2012, *AJ pénal*, 2012, p. 651, obs. DÉCIMA (O.).

² C. assises du Nord, 9 octobre 2012, cité par : DÉCIMA (O.), « Le déni de grossesse, l'article 122-1 du code pénal et la faute, obs. sur C. assises Gironde, 7 septembre 2012 », *AJ pén.*, 2012, p. 651.

³ CA Amiens, 7 novembre 2007, cité par : DÉCIMA (O.), précité, *AJ pén.*, 2012, p. 651.

⁴ TERRADE (O.), Question écrite n° 08986, *JO Sénat Q*, 4 juin 2009, p. 1368.

⁵ Dans d'autres cas, la mère peut croire l'enfant mort-né. Elle s'en sépare alors qu'il est encore vivant.

⁶ Voir notamment : ROME (F.), « Noir déni », *D.*, 2009, p. 1521.

son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel. L'isolement familial, la détresse affective et la précarité de la situation économique et/ou sociale de la famille ne permettent pas toujours de subvenir aux besoins du nouveau-né ou des enfants¹. Le conte de Charles PERRAULT *Le Petit Poucet* permet d'illustrer cette situation où des parents, malgré l'affection et l'amour qu'ils portent à leurs enfants, sont contraints de les abandonner en raison de leur grande précarité économique². L'absence d'autonomie financière de la famille est susceptible de préjudicier à la santé du mineur. La pauvreté perturbe la vie familiale et ne permet pas aux parents d'exercer leur autorité sur leurs enfants, ce d'autant plus s'ils ne disposent déjà pas des moyens pour assumer la charge de leur propre vie et dépendent pour cela des services sociaux³. A cet égard, la pauvreté peut être une source potentielle de danger ou une cause de délaissement pour le mineur⁴, tandis que l'abandon volontaire permet de protéger la santé de l'enfant. C'est le sens de la décision QPC du Conseil constitutionnel du 16 mai 2012⁵. L'incapacité de la famille à assumer l'enfant est également une cause d'abandon, notamment si la mère est trop jeune, insuffisamment prête, isolée lorsque l'homme refuse d'être père, ou que l'enfant constitue un obstacle à la poursuite des études ou d'une carrière professionnelle. En cas de déni de grossesse ou de viol⁶, il est même possible que des femmes aient des réactions violentes à l'encontre de l'enfant, tant à sa naissance, qu'*a posteriori*. L'intégrité de l'enfant pourrait dès lors être menacée dans un futur plus ou moins proche. Or, l'enfant doit être protégé contre toutes formes de brutalités physiques ou mentales selon l'article 19 de la CIDE⁷. L'abandon organisé permet de protéger l'enfant contre des maltraitances, des négligences voire contre des violences conjugales, si l'enfant est né d'une liaison extra-conjugale secrète, ou que la naissance intervient lors d'une séparation conflictuelle⁸. Dans ce dernier cas, l'objectif de l'abandon est de protéger la personne du mineur contre son père⁹. A ce titre, la décision de la femme d'accoucher anonymement et dans

¹ HESSE (C.), NAVES (P.), *Rapport précité, Doc. fr.*, novembre 2009, p. 131.

² PERRAULT (C.), *Le Petit Poucet, in op. cit.*, [1697], coll. folio classique, Paris : Gallimard, 1981, rééd. 2012, p. 111.

³ NEIRINCK (C.), précité, *in NEIRINCK (C.) [ss. dir.], op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131.

⁴ *Supra.* § 36 et 93.

⁵ Cons. const., 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* [Accès aux origines personnelles], n° 2012-248 QPC, considérant n° 6.

⁶ Cette situation peut être illustrée avec le livre de Yann QUEFFELEC, *Les noces barbares* (Paris : Gallimard, 1985). Dans ce roman, Ludovic est haï par sa trop jeune mère, violée à 13 ans par un soldat américain, et ses grands-parents. Il vit les sept premières années de sa vie caché dans un grenier, où il est totalement délaissé, mange très peu, et reste seul sans aucune compassion de sa famille, avant d'être placé dans une institution pour débiles légers par sa mère.

⁷ En ce sens : CA Paris, 4 mai 1999, Jurisdata n° 1999-023846 (dans cette espèce, une femme enceinte commet le délit de non-assistance à personne en péril car, dissimulant son état de grossesse, elle décide d'accoucher seule dans les toilettes et de faire disparaître le corps de l'enfant qui, selon elle, ne respirait pas ; pour la juridiction, elle ne pouvait ignorer la possibilité d'accoucher sous X, ce d'autant plus qu'elle y avait déjà eu recours, ni les risques qu'elle faisait courir à l'enfant, étant donné qu'elle avait déjà accouché seule d'un enfant mort-né ; le corps du nouveau-né n'a pas été découvert).

⁸ BARÈGES (B.), *Rapport précité, Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010, p. 51.

⁹ En ce sens : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), *Rapport précité, Doc. fr.*, 1999, p. 60.

le secret permet de soustraire l'enfant à un danger futur. Une intervention postérieure des autorités publiques dans la famille est évitée, étant donné que le mineur n'appartiendra pas à l'une des catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles.

346. Protection de l'enfant et contrôle public de la famille. – L'abandon volontaire semble à la fois une mesure de protection de l'enfant et un instrument de contrôle des prérogatives parentales. Cela est d'autant plus vrai que la naissance de l'enfant est portée à la connaissance de tous. De ce point de vue, il permet d'anticiper l'apparition d'une situation de délaissement ou de danger pour l'enfant¹, puisque les autorités publiques s'assurent immédiatement que le mineur n'est exposé à aucun risque de préjudice dans sa famille. Autrement dit, l'abandon volontaire de l'enfant par la famille offre au mineur « *dont elle ne veut pas, d'abord la vie, et ensuite une protection et une éducation qu'elle aurait été incapable de lui donner* »². L'abandon par les père et mère de leur autorité parentale permet d'assurer la protection effective du mineur tout en évitant, par la suite, une intervention accrue de la puissance publique dans la famille. Les autorités publiques n'auront effectivement pas à s'immiscer dans la cellule familiale pour constater l'existence ou non d'une situation de délaissement ou de danger. L'abandon organisé de l'enfant est donc une procédure ambiguë. D'une part, il permet d'éviter que l'enfant appartienne à l'une des catégories classiques des mineurs victimes de leurs familles. D'autre part, la situation du mineur, privé de sa famille biologique en raison de la décision parentale, démontre son appartenance à cette catégorie moderne d'enfant victime de sa famille. L'autonomie de la volonté de la femme d'accoucher sous X accentue cette idée. Sa décision peut unilatéralement priver l'enfant de sa famille biologique. Le mineur ne pourra probablement pas connaître ses origines familiales³.

B/ La conformité de l'accouchement secret et anonyme aux Droits de l'Homme et aux Libertés fondamentales

347. Vérité et volonté dans le droit de la filiation. – Le droit contemporain de la filiation est fondé sur le principe de la vérité. Il n'existe qu'une seule vérité juridique dans le droit de la filiation, celle qui est établie par l'effet de la loi⁴. Elle doit, par principe, correspondre à la vérité

¹ *Supra.* § 25.

² RUBELLIN-DEVICHI (J.), précité, *RTD civ.*, 1991, p. 695.

³ *Infra.* § 531.

⁴ En ce sens : MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 949.

biologique¹. La coïncidence entre filiation établie par l'effet de la loi et vérité biologique doit cependant être tempérée au profit d'une vérité sociologique². Il est effectivement nécessaire de laisser une place à la volonté individuelle dans le droit de la filiation, ce d'autant plus que la loi reconnaît l'importance de cette volonté dans les modes d'établissement de la filiation³. Il existe donc un droit à ne pas établir sa filiation, autrement dit un droit au refus de l'enfant. Cela démontre que la filiation possède une « *base biologique* », mais qu'elle est également « *faite de volonté individuelle, de sentiments individuels, d'intérêts individuels : volonté, sentiments, intérêts de l'enfant, mais aussi des parents. Pour être père et mère, il faut vouloir un enfant : peut-être pas toujours le désirer, mais vouloir le garder et l'élever en remplissant les devoirs que la paternité ou la maternité imposent* »⁴. Le système actuel est parvenu à ménager un équilibre entre les intérêts en présence (1). C'est particulièrement le cas pour l'accouchement sous X⁵, même si l'enfant non désiré par ses parents n'a pas nécessairement accès à ses origines personnelles en raison de la prééminence accordée à la volition maternelle. Cette situation démontre l'appartenance du mineur à cette catégorie moderne d'enfant victime de sa famille, et cela malgré la volonté du législateur de protéger le mineur contre l'ignorance de ses origines⁶ (2).

1/ La conciliation de l'intérêt supérieur de l'enfant avec l'intérêt des parents

348. L'équilibre trouvé. – Le législateur a trouvé les moyens afin de maintenir la possibilité pour une femme d'accoucher anonymement et dans le secret. Il a recherché un équilibre entre une série de trois intérêts⁷. Il a tout d'abord pris en compte les intérêts de la femme enceinte en état de détresse et qui ne souhaite pas avorter. L'intérêt de l'enfant, qui peut se trouver en danger en raison du refus de sa mère d'assumer sa grossesse, a ensuite été pris en considération. Enfin, cet intérêt du mineur rejoint les intérêts de la société qui doit assurer la protection des enfants susceptibles d'abandon. De la conjugaison de ces intérêts est né le droit

¹ BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 281.

² LE BOURSICOT (M.-C.), « Le droit de connaître son ascendance – celui de la faire reconnaître – et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defosse, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 175 ; MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 955 ; BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 281.

³ Les parents ne sont pas obligés d'inscrire leurs noms dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 57 C. civ. ; art. 311-25 C. civ. pour la mère). La loi les autorise toutefois à reconnaître l'enfant (art. 316 C. civ.) ou à faire établir la filiation par possession d'état (art. 317 C. civ.) si elle n'a pas été établie par l'effet de la loi (art. 311-25 et s. C. civ.).

⁴ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 916.

⁵ MALLET-BRICOUT (B.), « Réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP G.*, 2002, I, 119.

⁶ *Infra.* § 526 et s.

⁷ BATTEUR (A.), LARRALDE (J.-M.), « Section 3. La liberté de ne pas être mère : l'accouchement sous X », in BATTEUR (A.) [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2012, p. 167.

pour la mère d'accoucher sous X. En contrepartie, l'accès aux origines du mineur a été organisé et facilité, peu importe que l'enfant soit né sous X ou remis à l'ASE par ses parents avec demande de secret avant 2002. L'équilibre trouvé par la loi du 22 janvier 2002¹ a permis d'assurer la conformité du dispositif français d'abandon de l'enfant aux Droits de l'Homme et aux Libertés fondamentales garantis tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne. A cet égard, le régime juridique de l'accouchement secret et anonyme s'efforce de concilier des principes pourtant contradictoires : le droit au respect de la vie privée pour la femme et de sa liberté individuelle et le droit pour l'enfant d'accéder à ses origines, composante du droit à la vie privée et familiale².

349. La conformité à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. – Dans l'arrêt *Odièvre c/ France* du 13 février 2003³, la Cour européenne des Droits de l'Homme a reconnu que le législateur français a tenté d'atteindre un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts en cause⁴. La juridiction de Strasbourg a relevé que ces intérêts sont difficilement conciliables et qu'ils relèvent de l'autonomie de la volonté des personnes⁵. Elle a même précisé que le problème de la révélation du secret ne se limite pas aux parents et à l'enfant. Il pose la question de la protection des tiers, spécialement de la famille adoptive qui a élevé l'enfant ou de sa famille biologique. Tous ont droit au respect de leur vie privée et familiale⁶. La question de l'accès aux origines a un caractère complexe et délicat, ce qui n'a pas empêché la France d'assurer équitablement la conciliation et la protection des droits et intérêts en présence⁷. La loi du 22 janvier 2002⁸, adoptée « *dans le souci de ménager les intérêts divergents de la mère de naissance et de l'enfant* »⁹, n'a pas été jugée contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, bien que cette affirmation mérite d'être nuancée. L'accès aux origines est effectivement conditionné à la volonté des parents. Cela relativise la protection par l'accès aux

¹ L. n° 2002-93 précitée.

² ROMAN (D.), « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible. Note sous Cons. const., 16 mai 2012, décision n° 2012-248 QPC », *RDSS*, 2012, p. 750.

³ Cour EDH, *Odièvre c/ France* précité.

⁴ Cour EDH, *Odièvre c/ France* précité, § 49.

⁵ Cour EDH, *Odièvre c/ France* précité, § 44.

⁶ Cour EDH, *Odièvre c/ France* précité, § 44.

⁷ Cour EDH, *Odièvre c/ France* précité, § 49. La Cour de Strasbourg a également observé « *que la requérante a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers* » (§ 48).

⁸ L. n° 2002-93 précitée.

⁹ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Actions relatives à la filiation », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 213.122.

origines personnelles qui peut être apportée aux mineurs appartenant à cette catégorie moderne d'enfant victime de sa famille. En effet, le mineur ne jouit d'aucun droit en la matière¹.

La validité du dispositif français par rapport à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales a été confirmée par la Cour de Strasbourg dans un arrêt *Kearns c/ France*². Dans cette espèce, la juridiction européenne a suivi le même raisonnement que dans l'affaire *Odièvre c/ France*, mais en précisant que « *dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer* »³. Elle n'a également pas remis en cause le délai de rétractation de deux mois prévu pour reprendre l'enfant⁴. Enfin, dans l'arrêt *Godelli c/ Italie* du 25 septembre 2012⁵, la Cour européenne des Droits de l'Homme a cité « *le dispositif français en exemple pour condamner la loi italienne* »⁶ relative à l'accouchement anonyme et secret. Cette approbation renouvelée et indirecte du système français de l'accouchement sous X démontre que la loi interne tend à assurer équitablement la conciliation des intérêts opposés de la mère de naissance⁷ et de l'enfant⁸. Malgré ce *satisfecit*, la portée de l'arrêt *Godelli c/ Italie* a pu être relativisée au regard du droit français⁹.

350. La conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution. – Le Conseil constitutionnel a suivi un raisonnement similaire à celui de la Cour de Strasbourg dans sa décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012¹⁰. Dans cette espèce, les Sages ont été saisis d'une QPC relative à la conformité des articles L. 147-6 et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 185 ; BATTEUR (A.), LARRALDE (J.-M.), précité, in BATTEUR (A.) [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2012, p. 167.

² Cour EDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, req. n° 35991/04.

³ Cour EDH, *Kearns c/ France* précité, § 79.

⁴ Art. L. 224-4, 1° C. act. soc. et fam. ; *infra.* § 504.

⁵ Cour EDH, *Godelli c/ Italie* précité.

⁶ LE BOURSIOT (M.-C.), « Accès aux origines personnelles : la CEDH cite le dispositif français en exemple pour condamner la loi italienne, obs sous CEDH, 25 septembre 2012, aff. 33783/09, *Godelli c/ Italie* », *RLDC*, 2013/100, n° 4945.

⁷ Le parent de naissance désigne le parent biologique avec lequel l'enfant n'a jamais eu de filiation juridiquement consacrée. C'est l'hypothèse de l'enfant né sous X qui n'a pas de filiation établie ou connue. Par analogie, le parent de naissance est aussi celui qui a remis l'enfant à l'ASE avec demande de secret avant 2002 (*infra.* § 513), ce d'autant plus qu'un acte de naissance dit provisoire était rédigé en application de l'article 58 du Code civil. Le parent de naissance se distingue du parent d'origine, également parent biologique, avec lequel l'enfant a eu un lien de filiation reconnu par le droit. Il a cependant disparu en raison d'une adoption plénière ou a été relégué au second rang suite à une adoption simple. Une filiation établie et connue a donc existé entre l'enfant abandonné et le parent d'origine (NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189). Si le parent de naissance et le parent d'origine sont distincts en droit, ils s'opposent toutefois au parent adoptif en ce qu'ils ont un lien biologique avec l'enfant ensuite adopté.

⁸ Contrairement au système français issu de la loi du 22 janvier 2002 (L. n° 2002-93 précitée), la législation italienne n'a pas cherché à établir un équilibre entre le droit de l'enfant à connaître ses origines et les droits et les intérêts de la mère à conserver son anonymat. Une préférence aveugle est inévitablement donnée à la mère, d'autant plus que le mineur s'est vu opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours (Cour EDH, *Godelli c/ Italie* précité, § 68 et 70).

⁹ BONNET (V.), « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme : une histoire sans fin ? », obs. sur Cour eur. dr. h., *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012 », *RTDH*, 2014, p. 153.

¹⁰ Cons. const., 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* [Accès aux origines personnelles], n° 2012-248 QPC.

familles aux droits et libertés que la Constitution garantit. Ils ont estimé que les dispositions en cause n'ont pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles de protection de la santé, ni davantage porté atteinte au respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Selon le Conseil constitutionnel, les dispositions contestées permettent d'assurer le respect effectif de la volonté de la mère à des fins de protection de la santé tout en permettant l'accès de l'enfant à ses origines personnelles dans la mesure du possible¹. A nouveau, c'est l'équilibre trouvé par la loi du 22 janvier 2002² qui permet de valider le dispositif français. Au demeurant, le Conseil constitutionnel inscrit son raisonnement dans une démarche qui va au-delà d'une simple conciliation de droits individuels opposés. La logique n'est pas seulement subjective. Elle tend à prendre en compte une approche objective du problème posé par l'accouchement sous X. Le Conseil constitutionnel a adopté un raisonnement en termes de protection de la santé publique³. Autrement dit, des considérations d'ordre public sont susceptibles d'intervenir, étant donné que la « *la lutte des droits conduit à une impasse que le législateur est amené à surmonter* »⁴.

2/ L'intérêt supérieur de l'enfant insuffisamment ménagé

351. Un équilibre critiquable. – Les arguments développés afin de justifier l'accouchement sous X tant sur le plan interne que sur le plan international ne convainquent pas nécessairement. Le régime juridique de l'accouchement secret et anonyme ne permet pas à l'enfant de mener une vie familiale normale compte tenu des restrictions apportées à l'accès aux origines⁵, et ce d'autant plus que l'enfant à naître ne s'est pas vu reconnaître un droit à une vie familiale⁶. Tout dépend de la volonté de la mère de naissance dont les droits paraissent incontestablement hégémoniques⁷. *A contrario*, la volonté de l'enfant n'est que trop peu prise en compte. Il n'a que le droit de saisir le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP)⁸, et non d'accéder à des informations essentielles pour son développement personnel⁹.

¹ Cons. const., 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* [Accès aux origines personnelles], n° 2012-248 QPC, considérant n° 8.

² L. n° 2002-93 précitée.

³ ROMAN (D.), précité, *RDSS*, 2012, p. 750.

⁴ BATTEUR (A.), LARRALDE (J.-M.), précité, in BATTEUR (A.) [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2012, p. 167.

⁵ NEIRINCK (C.), « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant, obs. sous Cons. const., déc. 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC : Jurisdata n° 2012-010789 ; JO 17 mai 2012, p. 9154 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 120.

⁶ CLAPIÉ (M.), « Le droit de mener une vie familiale normale à l'épreuve du temps », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 267.

⁷ MALLET-BRICOUT (B.), précité, *JCP G.*, 2002, I, 119.

⁸ *Infra.* § 528 et 529.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, comm. n° 120.

En outre, ce ne serait qu'en cas de décès de la mère que le mineur serait quasiment certain d'obtenir l'accès à ses origines¹. Il s'agit de « *la seule avancée réalisée par la loi du 22 janvier 2002* » qui « *réside [...] dans l'accord implicite de communication de l'identité en cas de décès de la mère* »². De ce point de vue, l'équilibre entre les intérêts en cause affirmé par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des Droits de l'Homme ne paraît pas si évident. C'est la raison pour laquelle le mineur semble relever de la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille, nonobstant le dispositif de protection qui a été mis en place pour lui permettre d'accéder à ses origines³.

Dans les contentieux relatifs à la filiation, la Cour européenne des Droits de l'Homme tend à faire prévaloir la vérité biologique⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Pascaud c/ France* du 16 septembre 2011⁵, les magistrats européens ont condamné la France en raison de l'impossibilité pour le requérant de faire établir sa filiation biologique. Pour la Cour de Strasbourg, il n'a pas été « *pris en considération le droit du requérant à connaître son ascendance et à voir établie sa véritable filiation* »⁶, c'est-à-dire sa filiation biologique et non juridique. Cela pourrait signifier que des contraintes juridiques, auxquelles il faudrait ajouter des contraintes factuelles, ne devraient pas l'emporter sur la réalité biologique⁷. Or, l'accouchement secret et anonyme constitue un obstacle tant de droit que de fait à l'établissement de la filiation biologique. Le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, qui relève du droit à l'identité, fait partie intégrante de la notion de vie privée⁸. Dès lors, chaque individu disposerait d'un droit « *à connaître ses origines et à les voir reconnues, droit qui ne cesse[rait] nullement avec l'âge, bien au contraire* »⁹. Si la loi du 22

¹ Sauf à ce qu'elle s'oppose formellement à la communication de son identité après sa mort (art. L. 147-6, al. 2, C. act. soc. et fam.). Le droit du mineur est tout relatif (*infra*, § 531).

² NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, comm. n° 120.

³ *Infra*, § 523 et s.

⁴ Notamment : Cour EDH, 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, Série A, n° 297-C – Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, req. n° 53176/99 – Cour EDH, 24 novembre 2005, *Shofman c/ Russie*, req. n° 74826/01 – Cour EDH, 12 janvier 2006, *Paulik c/ Slovaquie*, req. n° 10699/05 – Cour EDH, 18 mai 2006, *Rozanski c/ Pologne*, req. n° 55339/00 – Cour EDH, 6 juillet 2010, *Grönmark c/ Finlande*, req. n° 17038/04 – Cour EDH, 6 juillet 2010, *Backlund c/ Finlande*, req. n° 36498/05 – Cour EDH, 25 février 2014, *Ostace c/ Roumanie*, req. n° 12547/06. Sur ce point : DESNOYER (C.), « La place de la vérité biologique dans la jurisprudence relative à l'article 8 de la CEDH en matière de filiation charnelle », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 55.

⁵ Cour EDH, *Pascaud c/ France* précité.

⁶ Cour EDH, *Pascaud c/ France* précité, § 63. Voir également : Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c/ Suisse*, req. n° 58757/00, § 40.

⁷ Cour EDH, *Pascaud c/ France* précité, § 68.

⁸ Cour EDH, *Pascaud c/ France* précité, § 59. Il convient de préciser qu'il n'existe pas de droit à la reconnaissance d'une grand-paternité. L'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants. S'il est primordial lorsqu'il s'agit d'ascendants directs, à savoir les parents, sa force diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté, en raison notamment de considération de sécurité juridique et de protection des droits de la famille biologique (Cour EDH, 5 mai 2009, *Menéndez Garcia c/ Espagne*, req. n° 21046/07, décision d'irrecevabilité, p. 5 et 6).

⁹ Cour EDH, *Pascaud c/ France* précité, § 65.

janvier 2002¹ permet à l'enfant d'accéder, dans une certaine mesure, à ses origines, elle ne permet pas la reconnaissance de celles-ci sur le plan juridique. Au contraire, elle proclame que l'accès aux origines est sans effet sur la filiation et l'état civil du mineur. L'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles énonce effectivement que « *l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit* »². L'intérêt supérieur de l'enfant non désiré par sa famille ne semble donc pas suffisamment ménagé. Il ne dispose ni d'un droit absolu à la connaissance de ses origines ni d'un droit à faire établir sa filiation biologique. En d'autres termes, la filiation de l'enfant ne peut pas être établie conformément à la vérité biologique, alors que si « *une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant* »³. La Cour européenne des Droits de l'Homme a cependant admis que l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait justifier le maintien du lien de filiation paternel, malgré l'existence de preuves génétiques démontrant que l'homme n'était pas le père de l'enfant⁴. Il est donc possible que le lien de filiation du mineur ne coïncide pas avec la réalité biologique, dès lors que l'établissement juridique de la filiation en conformité avec la vérité biologique est susceptible de lui causer un préjudice. L'accouchement secret et anonyme ne protège également pas l'enfant contre « *des détournements d'institutions difficilement contrôlables dans le domaine familial : le recours à l'accouchement sous X est la base du processus de maternité de substitution et de détournement de l'adoption* »⁵.

352. L'instrumentalisation de l'accouchement secret et anonyme. – Il est possible qu'un couple décide de recourir à une GPA par le biais d'un accouchement secret et anonyme⁶.

¹ L. n° 2002-93 précitée.

² *Infra.* § 517 et s.

³ Cour EDH, gr. ch., 13 juillet 2000, *Elsholz c/ Allemagne*, req. n° 25735/94, § 59 – Cour EDH, gr. ch., *T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni* précité, § 72. Cette solution s'applique d'ailleurs pour l'établissement d'une filiation biologique (Cour EDH, *Rozanski c/ Pologne* précité, § 75-76 – Cour EDH, 12 février 2013, *Krisztian Barnabas Toth c/ Hongrie*, req. n° 48494/06, § 33 et 37).

⁴ Cour EDH, 18 février 2014, *A. L. c/ Pologne*, req. n° 28609/08, § 80 (la juridiction européenne, compte tenu de la marge d'appréciation qui est laissée aux Etats dans les matières relatives au statut de l'enfant, a conclu qu'un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt du père requérant et celui de la société d'assurer la sécurité juridique et la stabilité des relations familiales ainsi que la nécessité de protéger les intérêts de l'enfant). Voir également : Cour EDH, 6 décembre 2011, *Iyilik c/ Turquie*, req. n° 2899/05, § 35.

⁵ DEKEUWER-DEFOSSÉZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 60. Voir déjà : DREIFUSS-NETTER (F.), précité, *in op. cit.*, *Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 99 ; NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922 ; RUBELLIN-DEVICHI (J.), « L'adoption. Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996 », *in op. cit.*, *Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 37.

⁶ Cette hypothèse n'est pas inenvisageable, ce qui n'est pas sans difficulté si la mère porteuse refuse *in fine* d'abandonner l'enfant (CHRONIQUE JUDICIAIRE (par D. R.-B.), « Insémination artificielle : un couple et une mère porteuse devant la justice », *Actualité judiciaire, la vie judiciaire dans les Côtes-d'Armor*, 21 juin 2013, disponible

Le droit au refus de l'enfant est alors mis au service de la volonté d'un couple d'avoir un enfant. L'accouchement sous X est instrumentalisé afin d'assouvir un désir d'enfant, ce qui permet d'affirmer que le mineur relève de la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. Il est privé de sa mère biologique au profit d'une mère d'intention qui ne pourra probablement pas établir sa filiation avec le mineur. L'accouchement secret et anonyme est donc détourné de son objet. Au lieu de permettre l'exercice d'un droit au refus de l'enfant, il encourage la consécration d'un droit à l'enfant. Il facilite les maternités de substitution pourtant prohibées¹. En effet, en permettant à la mère de ne pas indiquer son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, le législateur favorise la reconnaissance de l'enfant pas une fausse mère². Cette dérive, dénoncée dès 1993, consiste à cacher totalement l'identité de la mère pour faciliter une substitution d'enfant³ et permettre la réalisation d'une adoption. L'accouchement sous X est utilisé à une autre fin que celle qui lui est conférée⁴. Il n'assure plus la protection préventive du corps de l'enfant par un contrôle de l'exercice des prérogatives parentales. Il permet d'assouvir le désir d'enfant d'une famille⁵. Par conséquent, l'accouchement secret et anonyme peut constituer « *la première phase d'un "montage juridique" rendu nécessaire par le recours à une mère de substitution* »⁶, tandis que l'adoption, la reconnaissance de maternité et/ou de paternité, ou la possession d'état permettent ensuite d'établir un lien de filiation avec l'enfant. Dans ces trois hypothèses, le montage juridique facilite l'abandon de l'enfant et porte atteinte à son état civil, ce qui fait de lui une victime de sa famille. L'acte de naissance du mineur ne correspondra pas à la réalité juridique et biologique. Il désignera une femme qui n'est pas celle qui a accouché⁷. L'intérêt supérieur de

sur <http://www.actualitejudiciaire.fr/2013/06/21/insemination-artificielle-un-couple-et-une-mere-porteuse-devant-la-justice/comment-page-1/#comment-23>, consulté le 19 septembre 2013).

¹ *Supra*. § 319.

² MASSIP (J.), « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, n° 96-11.073 », *D.*, 1997, somm., p. 587.

³ ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.) et al., *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, *Doc. fr.*, 1993, p. 114. Egalement : BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832 précité*, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 163.

⁴ *Supra*. § 342.

⁵ L'accouchement sous X permet de sécuriser le montage juridique frauduleux. En principe, l'accouchement désigne la mère (art. 325, al. 2nd C. civ.). La mère porteuse peut néanmoins refuser que son nom soit inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 57 et 311-25 C. civ.). La filiation maternelle n'est alors pas établie et le mineur sera remis au couple demandeur, ce qui permettra à la mère d'intention de reconnaître l'enfant (art. 316 C. civ.). Au demeurant, si la mère porteuse accouche secrètement et anonymement, le droit considère qu'elle n'a jamais accouché. Elle est une étrangère pour l'enfant (Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 368 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 107). La mère d'intention pourra donc reconnaître l'enfant dans les deux mois qui suivent sa remise à l'ASE (art. L. 224-6 C. act. soc. et fam. ; *infra*. § 503). Ainsi, elle obtiendra la restitution de l'enfant « *en se faisant passer pour celle qui l'a mis au monde et qui regrette de l'avoir abandonné* » (BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 189).

⁶ EUDIER (F.), « Adoption », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 241. Egalement : HAUSER (J.), « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », in MUZNY (P.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 85.

⁷ Pour une application concrète : CA Rennes, 8 janvier 2013, RG n° 12/01538 ; *RJPF*, 2013-3/12, obs. CORPART (I.).

l'enfant ne peut pas justifier une filiation conférée en fraude à la loi, spécialement si l'indication du nom de la mère sur l'acte de naissance est le résultat d'une déclaration mensongère¹. Le recours à ce processus de maternité pour autrui est donc interdit².

§ 2/ La relativité du droit au refus de l'enfant en cas d'accouchement secret et anonyme

353. L'unilatéralisme tempéré de la volonté maternelle. – Tout ce qui concerne la naissance dépend de la volition de la femme³. Elle peut librement avoir recours à une IVG. Elle dispose également d'un droit discrétionnaire pour accoucher anonymement et dans le secret. En définitive, elle jouit d'un « *pouvoir considérable sur l'état de l'enfant, qui dépend désormais de sa seule volonté* »⁴. Elle peut faire le choix de priver l'enfant de sa filiation maternelle, mais elle peut aussi priver l'enfant de son lien de filiation paternel⁵, voire même de sa famille biologique⁶. A l'origine, le législateur a considéré que la femme qui accouche sous X est abandonnée de tous, en particulier du géniteur de l'enfant. Ce postulat n'est aujourd'hui plus toujours vrai, car « *parfois, et cela semble nouveau, l'accouchement sous X est utilisé contre le géniteur de l'enfant. L'accouchement sous X crée alors une difficulté juridique insurmontable, qui ignore totalement l'intérêt de l'enfant* »⁷ et sur lequel ne peut prévaloir la volonté des adultes⁸. L'accouchement secret et anonyme rend l'enfant adoptable⁹ au mépris de sa vie familiale d'origine¹⁰. En effet, le droit de l'enfant de connaître ses deux parents et d'être élevé par eux est garanti tant dans l'ordre international¹¹ que dans l'ordre interne si ce droit est considéré comme une exigence constitutionnelle¹². L'enfant ne peut donc être privé de son droit d'être élevé par sa famille biologique qu'en raison de circonstances objectives et extérieures. Or ici, c'est un élément subjectif, la volonté maternelle, qui risque de priver l'enfant de son droit à une vie familiale.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 2010, *Bull. civ. I*, n° 236.

² *Supra*. § 319.

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), « La maternité », *Dr. famille*, 2006, étude n° 2.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922. Également : FREMAUX (S.), « Enfant et normalité », *RRJ*, 1999-1, p. 139.

⁵ La femme mariée en accouchant sous X peut même paralyser le jeu de la présomption de paternité.

⁶ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922.

⁷ NEIRINCK (C.), « Le statut de l'enfant dans la loi du 8 janvier 1993 : propos critiques », *Petites Affiches*, 5 octobre 1994, n° 119, p. 15.

⁸ En ce sens : BRUNETTI-PONS (C.), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC*, 2011/87, n° 4437.

⁹ Art 347, 2° C. civ. et art. L. 224-4, 1° C. act. soc. et fam. combinés.

¹⁰ NEIRINCK (C.), précité, *in* NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 91.

¹¹ Art. 7 et 18 CIDE.

¹² EOCHÉ-DUVAL (C.), « Le droit d'un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnelle ? », *D.*, 2013, p. 786.

Cette « *liberté ainsi octroyée aux mères déséquilibre l'institution familiale et lui nuit* »¹. Elle prive l'enfant de son père de naissance et de sa famille biologique. Pour autant, « *la maternité ne se résume pas à un droit subjectif et ad nutum* »². C'est pourquoi, en dépit de l'anonymat et du secret demandé par la mère de naissance, la famille biologique, par l'intermédiaire du père ou des grands-parents de naissance, peut tenter d'obtenir la restitution de l'enfant, soit en empêchant l'adoption plénière du mineur, soit, spécifiquement pour le père, en établissant le lien de filiation paternelle par une reconnaissance volontaire³. Il n'en demeure pas moins que l'effectivité du droit de l'enfant d'être élevé par ses parents est atteinte par l'impossibilité pour l'un d'eux de retrouver l'enfant et d'établir des liens avec ce dernier⁴. Dans cette situation, l'enfant n'est plus la victime de sa famille mais uniquement de sa mère de naissance. Le refus de l'enfant n'est manifeste qu'à l'égard de la femme. Il est donc nécessaire de prendre en compte les droits de la famille par le sang pour garantir à l'enfant des liens avec son père (A) ou ses grands-parents de naissance (B). Le caractère déterminant du pouvoir décisionnel de la femme est donc relativisé⁵, comme la démontre la décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012 du Conseil constitutionnel⁶ par laquelle les Sages ont implicitement rappelé le droit de l'enfant à la protection de son droit à une vie familiale, c'est-à-dire son droit à être élevé par sa famille biologique (C).

A/ Le droit de l'enfant à être élevé par son père de naissance

354. La notion de vie familiale projetée. – La vie familiale entre un parent et son enfant n'implique pas nécessairement des relations effectives entre ces derniers. Il suffit, pour la Cour européenne des Droits de l'Homme, qu'il existe un lien de parenté ou biologique et qu'il soit possible d'envisager une vie familiale projetée⁷. La notion de vie familiale projetée traduirait la « *potentialité de développer des relations personnelles si les circonstances le permettent* »⁸. Elle s'applique aux situations dans lesquelles les parents ou un seul d'entre eux sont empêchés

¹ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2006, étude n° 2.

² HAUSER (J.), « L'enfant sous X... n'a-t-il ni père, ni grands-parents : l'enfant ectoplasme d'adoption ? (Civ. 1^{re}, 8 juill. 2009, pourvoi n° 08-20.153, publié au Bulletin ; D. 2009. 1973, obs. C. Le Douaron; Dr. fam. 2009. 108, note P. Murat ; AJ fam. 2009. 350, obs. Chénéde ; JCP 2009. 152, note Y. Favier, pourvoi contre, Paris 10 avr. 2008, RTD. civ. 2008. 466 - TGI Angers (réf.), 8 oct. 2009, AJ fam. 2009. 455, obs. Chénéde », *RTD civ.*, 2009, p. 708.

³ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 325, 326 et 328, fasc. unique, 2009, § 55.

⁴ MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.

⁵ LE BOURSICOT (M.-C.), « Tant qu'il y aura des hommes... et des femmes, il y aura des pères et des mères, note sous Cass. 1^{ère} civ. QPC, 28 mars 2013, n° 13-40.001 », *RJPF*, 2013-6/23.

⁶ Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC.

⁷ SUDRE (F.) et al., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 561.

⁸ GOUTTENOIRE (A.), « La victoire à la Pyrrhus des grands-parents biologiques... », *JCP G.*, 2011, act., 161.

d'établir un lien avec l'enfant, peu importe que ce lien soit effectif ou juridique. Une vie familiale sera constituée à condition que l'absence d'effectivité des liens soit indépendante de la volition des parents, qui doivent en outre manifester leur volonté de créer ou de rétablir des liens avec l'enfant¹. A ce titre, il existerait une vie familiale projetée lorsque le lien unissant le père à son enfant est seulement constitué d'une parenté biologique, et cela même, si le père ignorait la naissance de l'enfant avec lequel il n'avait jamais été en contact malgré la reconnaissance prénatale qu'il avait réalisée². Cela signifie que si l'existence d'un lien familial entre un parent et son enfant est établie, l'Etat a l'obligation de protéger le développement de ce lien et doit chercher à réunir un parent avec son enfant³, y compris si ces derniers n'ont à aucun moment vécu ensemble⁴. Cette notion peut correspondre à la situation des pères d'enfants nés dans l'anonymat et le secret⁵. Cela suppose donc de protéger l'existence de cette vie familiale projetée entre le mineur et son père de naissance. La combinaison de la parenté et de la volonté contrariée d'établir un lien de filiation entre dans le champ d'application du droit au respect de la vie familiale⁶ (1). Bien que la mère détienne le monopole en matière de choix quant à la procréation, l'IVG ou l'accouchement sous X, la jurisprudence rappelle que la conception d'un enfant dépend d'un homme et d'une femme⁷. En raison de l'insuffisance de la protection de la vie familiale projetée (2), il convient néanmoins d'envisager d'autres solutions (3), ce d'autant plus que la Cour de Strasbourg a admis qu'une « paternité probable » pouvait justifier un droit de visite⁸.

1/ La volonté contrariée du père de naissance d'établir une vie familiale avec l'enfant

355. Considérations pratiques et juridiques. – Lorsqu'une femme accouche dans le secret et anonymement, il est difficilement concevable que le père de naissance puisse établir sa

¹ SUDRE (F.) et *al.*, *ibid.*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 562. Par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, *Bull. civ. I*, n° 104 – Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, *Bull. civ. I*, n° 105 (enfant confié par sa mère de naissance à un organisme privé autorisé pour l'adoption (OAA)).

² Cette notion peut également remplacer l'effectivité dans la constitution de la vie familiale lorsque des mères, qui ont abandonné leur enfant, souhaitent revenir sur leur décision. Dans ce cas, il faudra constater l'existence de l'intérêt qu'elles portent à leurs enfants, notamment pour ne pas écarter la relation potentielle qu'elles auraient pu développer avec leurs enfants si elles avaient pu remettre en question leur choix (Cour EDH, *Kearns c/ France* précité, § 81 – Cour EDH, 13 janvier 2009, *Todorova c/ Italie*, req. n° 33932/06, § 54, 78 et 80 ; *contra* : Cour EDH, gr. ch., *Odièvre c/ France* précité, § 81).

³ Cour EDH, gr. ch., *K. et T. c/ Finlande* précité, § 178 – Cour EDH, *Johansen c/ Norvège* précité, § 78 – Cour EDH, *Olsson c/ Suède* (n° 1) précité, § 81 – Cour EDH, 26 février 2004, *Görgülü c/ Allemagne*, req. n° 74969/01, § 45.

⁴ Cour EDH, *Keegan c/ Irlande* précité, § 50 – Cour EDH, *Kroon c/ Pays-Bas* précité, § 32 – Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 45.

⁵ SUDRE (F.) et *al.*, *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 562-563.

⁶ SUDRE (F.) et *al.*, *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 562.

⁷ CA Aix-en-Provence, 17 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-299478.

⁸ Cour EDH, 15 septembre 2011, *Schneider c/ Allemagne*, req. n° 17080/07.

filiation avec l'enfant. De quelle manière peut-il se manifester pour reconnaître l'enfant ? Le père n'a pas nécessairement connaissance de l'accouchement, ce d'autant plus si les parents sont séparés ou s'il n'est pas informé de la grossesse de la femme. Au demeurant, rien ne lui interdit de procéder à une reconnaissance prénatale de l'enfant mais de quel enfant s'agit-il ? Dans ce cas, nonobstant la validité de la reconnaissance de paternité qui prend effet à la naissance du mineur en raison de son caractère déclaratif¹, il faut, pour identifier l'enfant, retrouver la mère de naissance qui n'a jamais accouché en droit. L'enfant n'a pas de filiation maternelle et *a fortiori*, de filiation paternelle². L'identification du mineur par la désignation de sa mère de naissance semble dès lors inutile. En effet, faire coïncider la reconnaissance paternelle avec l'acte de naissance de l'enfant paraît illusoire. Sauf à démontrer que les conditions de l'adoption plénière ne sont pas respectées, le père doit donc agir avant que l'enfant ne soit placé en vue de son adoption plénière, voire avant que celle-ci ne soit prononcée. En outre, il ne peut pas solliciter une identification par empreinte génétique, car cette action ne tend pas à l'établissement de la filiation³. Par voie de conséquence, l'absence de corrélation entre la reconnaissance et l'acte de naissance du mineur entraînera la rupture des liens biologiques⁴.

356. La coïncidence entre l'acte de naissance et la reconnaissance. – La cour d'appel de Riom a été confrontée à ces difficultés dans une espèce où une femme a accouché sous X d'un enfant, ce dernier n'ayant aucun lien de filiation légalement établi⁵. Le mineur est reconnu par son père avant la naissance. Cependant, il ne parvient à l'identifier qu'après son placement en vue d'une adoption plénière. Pour la juridiction du second degré, il n'est pas possible de faire corrélérer l'acte de naissance de l'enfant avec l'acte de reconnaissance établi par le père, étant donné que le mineur est né de mère inconnue et non de la personne désignée dans l'acte de reconnaissance. Les magistrats de la cour d'appel ont estimé que la reconnaissance paternelle n'a aucune valeur juridique. Elle concerne l'enfant d'une femme qui, selon la loi, n'a jamais accouché⁶. Il apparaît donc que la seule possibilité ouverte au père consistait à demander la restitution de l'enfant⁷. Celui-ci a ensuite formé tierce opposition au jugement qui avait prononcé l'adoption simple du mineur et sursis à statuer sur la demande d'adoption plénière. La cour d'appel le débouta à

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 29 juin 1997, *Bull. civ.* I, n° 305.

² En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Etablissement de la filiation par la reconnaissance », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 316, fasc. unique, 2011, § 47.

³ TGI Cusset, 10 avril 1997, *Dr. famille*, 1998, comm. n° 150, note MURAT (P.).

⁴ Art. 352 et 356 C. civ. combinés.

⁵ CA Riom, 16 décembre 1997, *Jurisdata* n° 1999-990084.

⁶ Solution approuvée par certains, notamment : RUBELLIN-DEVICHI (J.), « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 11.

⁷ Art. 351 C. civ.

nouveau de ses prétentions¹. Elle jugea la tierce opposition irrecevable en raison de l'absence de fraude ou de dol imputable aux adoptants². Afin de remédier aux difficultés rencontrées par les pères d'un enfant né dans le secret et anonymement, le législateur et la Cour de cassation sont intervenus.

2/ L'insuffisante protection de la vie familiale entre l'enfant et son père de naissance

357. La réponse législative. – Afin de concilier les différents droits et intérêts en présence, un nouvel article 62-1 a été introduit au Code civil³ en 2002⁴. L'objet de cette disposition est de faciliter la transcription de la reconnaissance paternelle en cas d'accouchement sous X de la mère. L'assistance du père par le procureur de la République, qui procédera à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant, est ainsi organisée.

Malgré cette opiniâtreté législative, le père doit informer le procureur de la République le plus rapidement possible de sa reconnaissance, afin d'éviter que le consentement à l'adoption de l'enfant ne soit donné par le conseil de famille des pupilles de l'Etat. Ce n'est que si les autorités publiques concernées sont averties de la reconnaissance prénatale de paternité que la volonté du père de naissance d'établir une vie familiale avec l'enfant, né sous X, sera garantie. Cela suppose que le père ait connaissance de la date de la naissance de l'enfant et *a fortiori*, du lieu de l'accouchement. La cour d'appel de Grenoble a justement été confrontée⁵ à ces différents obstacles factuels et juridiques⁶. Dans cette espèce, l'enfant avait été recueilli comme pupille de l'Etat, placé en vue de l'adoption et remis aux futurs adoptants. La reconnaissance paternelle était néanmoins intervenue postérieurement au placement en vue de l'adoption qui avait été régulièrement réalisé. Les magistrats du second degré ont estimé, conformément à l'article 352 du Code civil, que la reconnaissance de paternité d'un enfant né sous X, postérieure au placement en vue de l'adoption plénière du mineur, est dépourvue d'effet. Ils ont ajouté que l'auteur de la

¹ CA Riom, 16 décembre 2003, Jurisdata n° 2003-229169.

² Art. 353-2 C. civ.

³ Ce texte énonce que « *si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant* ».

⁴ L. n° 2002-93 précitée.

⁵ CA Grenoble, 9 juillet 2004, Jurisdata n° 2004-244362 ; *Dr. famille*, 2004, comm. n° 141, note MURAT (P.) ; sur appel : TGI Grenoble, 22 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-235203.

⁶ En ce sens : GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 316, fasc. unique, 2011, § 48. Egalement : AUBIN (S.), « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *Petites affiches*, 20 mars 2003, n° 57, p. 3 ; TONNU LAN (A.), « L'insuffisance de l'information délivrée aux parents de naissance avant le placement de l'enfant en vue de l'adoption », *Dr. famille*, 2005, étude n° 11.

reconnaissance, qui connaît la date approximative de l'accouchement et qui dispose de moyens matériels et intellectuels pour s'informer de ses droits, n'a pas démontré qu'il avait averti le procureur de la République en application de l'article 62-1 du Code civil. Par conséquent, le père de naissance ne peut se prévaloir d'une filiation paternelle établie à l'égard de l'enfant.

358. La réponse jurisprudentielle : l'affaire « Benjamin ». – En raison de ces difficultés, la Cour de cassation a dû se prononcer à propos de la situation de l'enfant né dans le secret et anonymement, mais reconnu avant sa naissance par son père biologique¹. Dans ce cadre, elle a censuré deux arrêts de la cour d'appel de Nancy du 23 février 2004² dans lesquels les magistrats ont écarté les droits fondamentaux du père de naissance et de l'enfant au profit du droit de la mère à l'anonymat et de son « *pouvoir de faire disparaître juridiquement l'enfant qu'elle a mis au monde* »³. La Haute juridiction a d'abord rappelé que l'article 7, § 1 de la CIDE garantit à l'enfant, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents. Elle a ensuite précisé que la reconnaissance prend effet à la date de la naissance du mineur dès lors qu'il a été identifié⁴. Elle a enfin ajouté que le consentement à l'adoption doit être donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie, ce qui est le cas en l'espèce. L'enfant a été identifié par son père biologique à une date antérieure au consentement à l'adoption. La reconnaissance anténatale avait effectivement établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de la naissance. Elle était donc antérieure au placement en vue de l'adoption et surtout au consentement donné par le conseil de famille des pupilles de l'Etat. C'est la raison pour laquelle ce dernier, informé de la reconnaissance, ne pouvait plus consentir valablement à l'adoption, qui relevait du seul pouvoir du père. Il est même permis de penser que le mineur n'aurait pas dû être placé en vue de l'adoption. Un lien de filiation avait été établi⁵. *A contrario*, cela signifie que si le père identifie et reconnaît l'enfant postérieurement au consentement du conseil de famille des pupilles de l'Etat, le processus d'adoption peut se poursuivre sans le consentement paternel⁶. De ce point de vue, le

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 195.

² CA Nancy, 23 février 2004, RG n° 03/01484 ; Jurisdata n° 2004-232436 – CA Nancy, 23 février 2004, RG n° 03/01590 ; Jurisdata n° 2004-232438.

³ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 109.

⁴ Sur ce point, la Cour de cassation ne précise pas les modalités de désignation de l'enfant, ce qui supposerait que l'enfant né sous X peut être identifié par le biais de la mère.

⁵ En ce sens : POISSON-DROCOURT (E.), « Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption, obs. sous CA Nancy, 23 février 2004 », *D.*, 2004, p. 2249 ; REVEL (J.), « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D.*, 2006, p. 1707.

⁶ MURAT (P.), « ‘Affaire Benjamin’ : une cassation méritée mais bien confuse, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et 05-11.286 FS-P+B+R+I : Jurisdata n° 2006-033113 », *Dr. famille*, 2006, comm. n° 124. Egalement : POISSON-DROCOURT (E.), « Reconnaissance paternelle prénatale, adoption et accouchement sous X, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 », *D.*, 2006, p. 2293 ; EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 110.

consentement apparaît comme un « *moment clé* »¹. Il permet de limiter l'insécurité juridique qui résulterait de l'admission systématique de l'effet rétroactif attaché à la reconnaissance et à l'identification de l'enfant². Ce faisant, la solution de la Cour de cassation n'empêche pas toute possibilité de reconstituer la famille et tout développement d'une forme de vie familiale. La jurisprudence de la Haute juridiction semble donc en conformité avec les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales³.

L'arrêt « Benjamin » rappelle le principe de la divisibilité des filiations puisqu'il opère une distinction entre la paternité et la maternité. Il donne néanmoins au père la possibilité d'influer directement sur le rapport entre la femme et l'enfant, alors même que celle-ci a manifesté son désir de ne pas être mère⁴. En effet, restitué à son père de naissance, l'enfant pourrait découvrir l'identité de sa mère qui a pourtant accouché dans le secret et anonymement⁵. Une action en recherche de maternité à l'encontre de celle-ci serait susceptible d'être exercée⁶ et sa responsabilité civile pourrait être recherchée en raison du choix de la femme de le priver d'une filiation maternelle⁷. Celle qui voulait disparaître serait donc contrainte d'exister⁸. Dans ce cas, l'accouchement sous X pourrait-il constituer un motif légitime permettant de ne pas procéder à l'expertise biologique⁹ en principe de droit¹⁰ ? Si l'accouchement anonyme et secret n'est plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, il pourrait tout de même caractériser un motif légitime. En ce sens, la volonté de la mère serait partiellement respectée. Son identité serait découverte mais la filiation ne serait pas établie. Elle pourrait alors rechercher la responsabilité civile du père qui n'a pas respecté son droit à la vie privée et sa décision de refuser sa maternité. En effet, dès lors que la paternité non désirée du père est susceptible d'engager la responsabilité civile de la mère sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹¹, il est permis de penser que la révélation de l'identité de la mère accouchée sous X, et *a fortiori* l'établissement du

¹ MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2006, comm. n° 124.

² MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2006, comm. n° 124.

³ Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 48.

⁴ EGEA (V.), *op. cit.*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2010, § 625.

⁵ L'affaire « Benjamin » s'est conclue par l'adoption simple de l'enfant avec le consentement du père qui bénéficie d'un droit de visite (CA Reims, 12 décembre 2006, Jurisdata n° 2006-325133).

⁶ Cette possibilité résulte de l'abrogation de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité résultant de l'accouchement secret et anonyme (L. 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).

⁷ *Infra*. § 521.

⁸ BERNARD-XEMARD (C.), « Naître sans mère... Et le père ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 27.

⁹ Art. 16-11, al. 2 C. civ.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}., 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103 – Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, n° 10-23.071.

¹¹ CA Pau, 16 décembre 2013, Jurisdata n° 2013-032537.

lien de filiation maternel, contre sa volonté peut également constituer une faute propre à engager la responsabilité civile du père.

359. Les conditions jurisprudentielles au droit de l'enfant à être élevé par son père de naissance. – Le placement de l'enfant né sous X ne peut être remis en cause qu'à deux conditions cumulatives : « *l'existence d'une reconnaissance antérieure valable et l'identification de l'enfant à une date antérieure au consentement du conseil de famille* »¹ des pupilles de l'Etat. Cela suppose que le père de naissance assure la publicité de la reconnaissance anténatale, c'est-à-dire de la filiation créée à compter de la naissance². Si cette condition n'est pas réalisée, la filiation biologique de l'enfant sera ignorée et le processus d'adoption suivra son cours³. La protection du droit de l'enfant à être élevé par son père de naissance ne paraît donc pas efficiente, ce qui conforte l'idée que cette réalité sociale et juridique relève de la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille.

3/ Les autres possibilités pour maintenir une vie familiale entre l'enfant et son père de naissance

360. L'identification de l'enfant avant le placement en vue de l'adoption. – Dans l'affaire « Benjamin », la Cour de cassation n'accepte de remettre en cause le placement en vue de l'adoption que si l'identification du mineur est réalisée avant la décision du conseil de famille des pupilles de l'Etat de donner son consentement à l'adoption. Pour autant, si l'enfant est identifié après que le consentement du conseil de famille des pupilles ait été donné, mais avant le placement en vue de l'adoption, ne faudrait-il pas restituer l'enfant à son père biologique⁴ ? Il semblerait que ce soit la solution retenue par la circulaire du 30 juin 2006, qui ne prend en compte que le placement en vue de l'adoption pour déterminer les conditions dans lesquelles le père peut obtenir la restitution du mineur⁵. La distinction entre consentement et placement garantirait le droit de l'enfant à être élevé par sa famille biologique et à mener une vie familiale,

¹ MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2006, comm. n° 124.

² Sur ce point : NEIRINCK (C.), « Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.28 », *RDSS*, 2006, p. 575.

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2006, p. 575 ; EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 190 ; GOUTTENOIRE (A.), « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », in LEMOULAND (J.-J.), LUBY (M.), [ss. dir.], *Le droit à une vie familiale*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 77.

⁴ L'alinéa troisième de l'article L. 224-6 du Code de l'action sociale et des familles aurait effectivement vocation à s'appliquer. La filiation paternelle est légalement établie. Or, cette disposition réserve la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'Etat à son parent à l'hypothèse où l'enfant a été placé en vue de l'adoption, conformément à l'article 352 du Code civil. La restitution de l'enfant serait alors prise par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille des pupilles de l'Etat.

⁵ Circ. n° CIV/13/06 précitée, NOR : JUSC0620513C, 1^{ère} partie, II, 2, 2.1.1, b.

bien qu'il convienne d'admettre qu'en pratique, le consentement à l'adoption est concomitant à la décision de placement en vue d'adoption¹. Mais si le placement en vue de l'adoption est différé, le père pourrait obtenir la restitution du mineur, malgré l'existence du consentement à l'adoption. Cela est d'autant plus vrai que seul le placement en vue de l'adoption fait obstacle à toute restitution de l'enfant et à toute déclaration de filiation ou reconnaissance².

Le procureur de la République, saisi sur le fondement de l'article 62-1 du Code civil, devrait pouvoir avertir les services de l'ASE afin que ces derniers retardent le placement en vue de l'adoption³. Dans le même sens, il serait souhaitable de retarder le délai à l'expiration duquel l'enfant peut être définitivement admis comme pupille de l'Etat et surtout placé en vue de son adoption⁴. L'écoulement du temps ne doit pas conditionner l'existence des relations futures entre un parent et son enfant⁵. Il serait ainsi possible de s'inspirer des règles des articles L. 224-4, 3° et L. 224-6, alinéa deuxième du Code de l'action sociale et des familles⁶, dans la mesure où le pupille a un père qui n'a pas consenti à l'adoption et *a fortiori*, qui souhaite exercer sa paternité⁷. L'article L. 224-4, 1° du Code de l'action sociale et des familles, qui prévoit un délai de deux mois à l'expiration duquel l'enfant sans filiation établie ou connue est admis comme pupille de l'Etat, serait alors libellé en ce sens : « 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 six mois ; avant l'expiration de ce délai, le service s'emploie à déterminer si la filiation de l'enfant a été établie, préalablement à son recueil par le service de l'aide sociale à l'enfance, ou est connue à l'égard de l'autre parent, et s'il a l'intention d'en assumer la charge ». Avec cette modification législative, le procureur de la République aurait non seulement l'obligation de procéder à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant⁸, mais le service de l'ASE aurait l'obligation corrélative de s'assurer qu'aucune reconnaissance prénatale, voire postnatale, de paternité n'a été effectuée. En pratique, cela supposerait de saisir le procureur de la

¹ Soit le consentement est donné avant la date du placement, soit il intervient à la date à laquelle le pupille est confié aux futurs adoptants (art. R. 224-18, 2°, C. act. soc. et fam.).

² Art. 352 C. civ.

³ BERNARD-XEMARD (C.), « L'enfant, sa famille d'accueil et son père biologique, obs. sous TGI Nancy, 16 mai 2003 », *Petites affiches*, 3 mars 2004, n° 45, p. 5.

⁴ BERNARD-XEMARD (C.), précité, *Petites affiches*, 3 mars 2004, n° 45, p. 5. Egalement : HAUSER (J.), précité, *RTD civ.*, 2009, p. 708.

⁵ Notamment : Cour EDH, *W. c/ Royaume-Uni* précité, § 65 – Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 45.

⁶ Ces dispositions sont relatives à la remise à l'ASE de l'enfant, dont la filiation est établie et connue à l'égard des deux parents, par un seul d'entre eux. L'abandon du mineur n'étant le fait que de l'un des parents, l'autre dispose de six mois pour reprendre l'enfant s'il a l'intention d'en assumer la charge. Durant ce délai, l'ASE doit s'employer à connaître les intentions du parent qui n'a remis pas l'enfant. Cette situation est proche de l'hypothèse de l'enfant né sous X, même si le mineur n'a pas de filiation établie ou connue. Il est effectivement possible que l'abandon ne soit le fait que de la mère qui ne désire pas l'enfant, tandis que le père peut souhaiter exercer ses responsabilités.

⁷ NEIRINCK (C.), « Adoption – Généralités », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 343 à 370-2, fasc. 10, 2009, § 27.

⁸ Art. 62-1 C. civ.

République. Cette proposition de droit prospectif ménagerait davantage l'intérêt supérieur de l'enfant d'être élevé par sa famille biologique. Il convient dès lors de tirer les conséquences de cette proposition de modification législative à l'égard de l'article L. 224-6, alinéa deuxième du Code de l'action sociale et des familles. Cette disposition devra effectivement intégrer la modification de l'article L. 224-4, 1° du même Code. L'alinéa deuxième de l'article L. 224-6 serait rédigé en ce sens : « toutefois, dans un délai de deux mois suivant la date à laquelle il a été déclaré pupille de l'Etat à titre provisoire, l'enfant peut être repris immédiatement et sans aucune formalité par celui de ses père ou mère qui l'avait confié au service. Ce délai est porté à six mois, dans le cas prévu au 1° de l'article L. 224-4, pour le père de naissance qui a sa filiation à l'égard de l'enfant établie, préalablement au recueil du mineur par le service de l'aide sociale à l'enfance, ou connue et établie postérieurement au recueil du mineur par le service de l'aide sociale à l'enfance. Ce délai est également porté à six mois, dans le cas prévu au 3° de l'article L. 224-4 pour celui des père ou mère qui n'a pas confié l'enfant au service ». Par voie de conséquence, la restitution immédiate et sans aucune formalité de l'enfant à son père de naissance pourrait être réalisée dans un délai de six mois et non deux mois comme le prévoit le droit positif¹.

Ces deux propositions peuvent être illustrées par un jugement du tribunal de grande instance de Nantes du 24 avril 2014². Dans cette espèce, l'enfant, né d'un accouchement secret et anonyme le 30 avril 2013, est reconnu par son père le 2 mai 2013. Il est admis comme pupille de l'Etat à titre provisoire le 30 avril 2013 et à titre définitif le 30 juin 2013. Avec cette obligation nouvellement imposée au président du Conseil général, l'enfant n'aurait probablement pas été placé en vue de l'adoption le 3 juillet 2013³. En effet, la reconnaissance de l'enfant, alors qu'il n'était que pupille de l'Etat à titre provisoire et avant son placement en vue de l'adoption, a nécessairement mis fin à ce statut. L'article 352 du Code civil selon lequel le placement en vue de l'adoption fait échec à toute reconnaissance était effectivement inapplicable. Autrement dit, le statut de pupille de l'Etat n'interdit pas l'établissement de la filiation du mineur dès lors qu'il n'existe aucun doute sur l'identité de l'enfant faisant l'objet de cette reconnaissance avec celui dont

¹ Art. L. 224-4, 1° et L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam. combinés.

² TGI Nantes, 24 avril 2014, RG n° 14/00325 ; Jurisdata n° 2014-009936 ; *Dr famille*, 2014, comm. n° 100, obs. NEIRINCK (C.).

³ Dans cette espèce, le placement en vue de l'adoption est intervenu dans le délai de trente jours permettant de contester l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat à titre définitif (art. L. 224-8, al. 1^{er} C. civ. en vigueur à cette date). Or, l'enfant étant admis à titre définitif comme pupille de l'Etat le 30 juin 2013, aucun placement en vue de l'adoption ne pouvait intervenir avant le 30 juillet 2013. Le placement en vue d'adoption au 3 juillet 2013 était donc irrégulier. La juridiction nantaise s'est appuyée sur la décision antérieure du Conseil constitutionnel (Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat], n° 2012-268 QPC) imposant le point de départ du délai préfix au jour de l'admission de l'enfant à titre définitif comme pupille de l'Etat pour ordonner la restitution de l'enfant à son père (*infra.* § 372).

la mère a accouché. La validité de la reconnaissance d'un enfant ne peut être subordonnée à l'existence d'une mention en marge de l'acte de naissance¹.

La solution proposée permettrait d'atteindre un équilibre entre les droits de l'enfant, ainsi que ceux du père, et le processus d'adoption qui ne serait pas remis en cause après le placement en vue de l'adoption, en raison de l'intérêt de l'enfant². Ces propositions impliquent de modifier l'alinéa deuxième de l'article 351 du Code civil selon lequel « *lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant* ». Ce délai devrait également être porté à six mois afin d'assurer une cohérence entre les dispositions du Code civil et celles du Code de l'action sociale et des familles. Cette modification est d'autant plus essentielle si le père a sa filiation établie à l'égard du mineur en raison d'une reconnaissance prénatale. Cela éviterait l'irrégularité du placement en vue de l'adoption de l'enfant compte tenu de l'existence d'une filiation paternelle³. Dans cette situation, il serait également concevable que seule l'adoption simple soit envisageable puisque c'est l'intérêt de l'enfant et la recherche d'un équilibre qui sont mis en avant⁴. Cette dernière solution de compromis présente l'avantage de maintenir l'enfant dans sa famille biologique. Néanmoins, ce n'est pas nécessairement ce que recherchent les candidats à l'adoption et l'enfant ne serait pas élevé par sa famille par le sang.

361. L'identification de l'enfant durant le placement en vue de l'adoption. – Malgré un placement en vue de l'adoption, il est possible de considérer que la reconnaissance prénatale de paternité doit produire ses effets dès lors que l'enfant est identifié avant le prononcé de l'adoption. Conséquence de l'établissement de la filiation paternelle par la reconnaissance, l'article 352 du Code civil n'aurait pas vocation à s'appliquer. Le père devrait impérativement consentir à l'adoption⁵. En effet, si l'enfant est admis comme pupille de l'Etat au titre du 1° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles, c'est qu'il n'a pas de filiation établie ou connue. C'est cette situation qui le rend adoptable. Or, en raison de l'effet déclaratif de la reconnaissance prénatale, le mineur jouit dès sa naissance d'une filiation paternelle établie, quand bien même elle ne serait pas connue du service de l'ASE. Par conséquent, l'enfant n'est plus

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 17 février 1982, *Bull. civ.* I, n° 78.

² MURAT (P.), « Les grands-parents et la filiation de leurs petits-enfants ? », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17. Egalement : SALVAGE-GEREST (P.), « Les grands-parents et l'adoption de leurs petits-enfants – (à l'occasion de l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 2009) », *Dr. famille*, 2009, étude n° 32.

³ POISSON-DROCOURT (E.), précité, *D.*, 2004, p. 2249 ; NEIRINCK (C.) « L'adoptabilité de l'enfant né sous X », *RDSS*, 2005, p. 1018.

⁴ HAUSER (J.), précité, *RTD civ.*, 2009, p. 708.

⁵ En ce sens : REVEL (J.), précité, *D.*, 2006, p. 1707.

adoptable puisqu'il a une filiation établie par la reconnaissance anténatale. Le placement en vue de l'adoption est *ipso facto* irrégulier¹. Les modifications proposées des articles L. 224-4, 1° du Code de l'action et des familles et 351, alinéa deuxième du Code civil permettent de tenir compte de l'éventualité où le père aurait reconnu l'enfant avant sa naissance. L'obligation imposée au service de l'ASE de s'assurer que l'enfant n'a pas de filiation établie ou connue à l'égard du père de naissance tend à garantir la primauté de la famille biologique. Cette solution assure la protection du droit de l'enfant à une vie familiale et à être élevé par ses parents par le sang. Elle permet également « *d'assurer une protection étendue des droits du père biologique* », mais « *elle présente l'inconvénient de fragiliser le placement et, plus généralement, le processus de l'adoption* »². A l'inverse, la solution de la Cour de cassation présente l'avantage de sécuriser la procédure d'adoption, mais elle ne garantit que partiellement les droits de l'enfant et du père³.

362. Les propositions du rapport de la Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret. – La Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret a proposé, au titre des pistes d'évolution législative, d'améliorer les possibilités de reconnaissance anténatale des pères d'enfants nés sous X⁴. Ces améliorations supposeraient de renforcer l'information des pères sur leurs droits et les démarches à accomplir pour faire établir leur paternité. Ainsi, l'officier de l'état civil, qui reçoit la reconnaissance paternelle, devrait avertir son auteur de la faculté qu'il a de saisir le procureur de la République en cas de difficultés pour faire transcrire la reconnaissance. Est aussi évoqué l'idée de mettre en place un fichier national des reconnaissances anténatales dont la consultation par les services de l'ASE renforcerait les droits du père biologique⁵. Cette proposition s'accorderait avec l'obligation faite au service de l'ASE de s'assurer que l'enfant n'a pas de filiation établie ou connue⁶. Ces propositions paraissent cependant insuffisantes si aucun changement n'est apporté quant aux conditions de restitution de l'enfant au père de naissance. Il paraît donc opportun de permettre à ce parent de reprendre l'enfant tant que le placement en vue d'adoption n'a pas été réalisé, et cela même si le consentement a été donné par le conseil de famille des pupilles de l'Etat. En effet, seul le

¹ POISSON-DROCOURT (E.), précité, *D.*, 2004, p. 2249 ; NEIRINCK (C.) précité, *RDSS*, 2005, p. 1018.

² EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 290.

³ En effet, retenir la date du consentement à l'adoption réduit le délai durant lequel le père peut obtenir la restitution de l'enfant, particulièrement lorsque le placement intervient à une date ultérieure. Néanmoins, prendre en compte la date du placement en vue de l'adoption ne remettrait pas en cause la sécurité du processus d'adoption puisque le mineur n'aurait pas encore été confié à sa famille adoptive.

⁴ BARÈGES (B.), *Rapport* précité, *Doc. AN.*, XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010, p. 59.

⁵ Il convient alors de s'interroger sur l'atteinte éventuelle au respect de la vie privée et familiale dans le cas où un fichier national des reconnaissances serait créé (EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 190).

⁶ Art. L. 224-4, 1° C. act. soc. et fam. proposé.

placement en vue de l'adoption doit pouvoir faire obstacle à la restitution du mineur puisque celui-ci a été confié à sa famille adoptive. De cette manière, la sécurité de la procédure d'adoption ne serait pas remise en cause par une manifestation tardive du père. Il n'en demeure pas moins que le délai durant lequel la restitution immédiate et sans aucune formalité de l'enfant est possible devrait être allongé et porté à six mois tel que cela a été précédemment proposé¹, tandis que le placement en vue de l'adoption ne devrait intervenir qu'à l'expiration de ce délai². Les obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie familiale seraient ainsi respectées puisque l'Etat chercherait à réunir le parent de naissance et son enfant³. Une protection efficace du développement des liens familiaux serait en outre garantie⁴. Le droit de l'enfant à être élevé par sa famille biologique serait protégé, nonobstant la volonté de la mère d'accoucher sous X. Victime d'un abandon maternel, l'enfant pourrait potentiellement être retrouvé par son père de naissance, ce qui ménagerait son intérêt à connaître ses origines. A défaut d'une telle possibilité, une protection de remplacement pourra alors lui être donnée avec l'adoption.

B/ Le droit de l'enfant à être élevé par ses grands-parents de naissance

363. La notion de vie familiale projetée et les grands-parents. – La notion de vie familiale projetée semble applicable aux relations potentielles entre un enfant sans filiation établie ou connue, abandonné par sa mère de naissance, et ses grands-parents⁵. Le droit à la reconnaissance d'une grand-paternité ou d'une grand-maternité n'est cependant pas protégé avec la même force que le droit à la reconnaissance d'une paternité. Certes l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales a vocation à s'appliquer, mais la protection qu'il accorde à la vie familiale varie en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté. S'il trouve un effet plein lorsqu'il s'agit d'ascendant direct comme le père, sa force diminue lorsqu'il s'agit des grands-parents⁶. Il est donc permis de se demander s'il est « possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie »⁷ c'est-à-dire d'un enfant né sous X. Différentes espèces ont montré que l'enfant abandonné par sa mère accouchée sous X

¹ Art. L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam. proposé.

² Art. 351 C. civ. proposé.

³ Cour EDH, *K. et T. c/ Finlande* précité, § 178 – Cour EDH, *Johansen c/ Norvège* précité, § 78 – Cour EDH, *Olsson c/ Suède* (n° 1) précité, § 81 – Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 45.

⁴ Cour EDH, *Keegan c/ Irlande* précité, § 50 – Cour EDH, *Kroon c/ Pays-Bas* précité, § 32 – Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 45.

⁵ SUDRE (F.) et al., *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 563 ; GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2011, act., 161. Egalement : MEYZAUD-GARAUD (M.-C.), « L'adoption d'un enfant né sous X : quelle place pour les grands-parents ? », *RLDC*, 2010/72, n° 4004.

⁶ Cour EDH, *Menéndez Garcia c/ Espagne* précité, décision d'irrecevabilité, p. 6.

⁷ NEIRINCK (C.), « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? », *RDSS*, 2010, p. 735.

et recueilli par l'ASE pouvait être réclamé par ses grands-parents de fait. Dès lors, existe-il un droit pour l'enfant à être élevé par les membres de sa famille élargie¹ ? Par principe, il ne peut y avoir de grands-parents sans parents², ce d'autant plus que les droits des grands-parents dépendent des parents, spécialement en matière de filiation³. L'office du juge aurait pu conforter le droit de l'enfant né anonymement et dans le secret à être élevé par ses grands-parents biologiques, consacrant ainsi la primauté de la famille par le sang. Cela n'a toutefois pas été le cas (1). La jurisprudence a cependant infléchi sa position. Elle a écarté la volition des parents de naissance de ne pas créer de lien entre l'enfant non désiré et sa famille biologique (2).

1/ La volonté contrariée des grands-parents de naissance d'établir un lien avec l'enfant

364. La protection des liens entre l'enfant et ses grands-parents. – D'un point de vue juridique, « *les grands-parents se définissent par rapport à des parents, par ricochet* » : « *l'existence juridique de grands-parents, leurs droits, dépendent largement de la volonté ou des comportements des parents* »⁴. La Cour européenne des Droits de l'Homme interprète néanmoins l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales dans un sens favorable aux grands-parents⁵. Les juridictions judiciaires, confrontés aux demandes de grands-parents souhaitant créer un lien avec leur petit enfant né sous X, auraient dû y accéder favorablement. Au contraire, elles ont considéré qu'il n'existait pas de lien légal entre l'enfant et les grands-parents de naissance. Ces derniers n'ont pas pu établir de relation avec leur petit enfant, qui a été privé de son droit à être élevé par un membre de sa famille par le sang.

365. L'impossible lien de droit entre les grands-parents de fait et l'enfant. – Dans une espèce, la cour d'appel de Dijon a estimé que des grands-parents de naissance ne justifiaient pas d'un intérêt à agir pour former tierce opposition à l'encontre d'un jugement prononçant

¹ MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17. Voir également : GARE (T.), « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale sur les droits de l'enfant », *in op. cit., Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 181.

² LE BOURSICOT (M.-C.), « Pas de grands-parents sans parents, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2009, n° 08-20.153, P+B+I, rejet, CA Paris, 10 avr. 2008 », *RJPF*, 2009-9/37.

³ Sur ce point : MURAT (P.), précité, *in* BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17.

⁴ MURAT (P.), précité, *in* BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17.

⁵ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31, § 45. Voir également : Cour EDH, 27 avril 2000, *L. c/ Finlande*, req. n° 25651/94, § 101 – Cour EDH, 4 décembre 2008, *Adam c/ Allemagne*, req. n° 44036/08, § 77 – Cour EDH, 2 novembre 2010, *Nistor c/ Roumanie*, req. n° 14565/05, § 89.

l'adoption du mineur. Selon les juges, les grands-parents n'avaient pas de lien légal avec l'enfant, devenu pupille de l'Etat¹. La mère n'avait pas accouché dans le secret et anonymement, mais elle avait remis l'enfant à l'ASE et consenti à son adoption en demandant le secret de son identité². Il existait un lien de filiation entre la mère et l'enfant jusqu'au jugement prononçant l'adoption plénière³. Les grands-parents étaient donc juridiquement rattachés à l'enfant jusqu'au prononcé de l'adoption. La rupture des liens avec la famille biologique n'intervient effectivement qu'à ce stade de la procédure. Elle ne résulte pas de la qualité de pupille de l'Etat de l'enfant⁴. Ainsi, la tierce opposition au jugement d'adoption aurait dû être accueillie, car elle n'implique pas nécessairement un lien légal. Toute personne intéressée par le sort de l'enfant devrait être recevable à agir sur ce fondement⁵. La cour d'appel de Paris a rendu une décision similaire⁶ dans une espèce où des grands-parents ont tenté d'intervenir dans la procédure d'adoption de l'enfant de leur fille, accouchée sous X et ensuite décédée. L'enfant a été adopté et n'aura donc aucun lien juridique avec les parents de la femme qui l'a fait naître. D'autres décisions judiciaires ont également écarté la volonté des grands-parents de créer un lien avec l'enfant.

La cour d'appel de Riom a jugé qu'un recours en annulation contre l'arrêté d'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat, intenté par le père de la mère de naissance, est irrecevable car tardif⁷. Les magistrats du second degré ont précisé que le texte de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, en vigueur au jour où la juridiction s'est prononcée, ne prévoyant pas d'obligation de notification ou de publication, le délai prefix pour contester l'acte administratif commençait à courir à compter de la date de l'arrêté lui-même. En outre, le demandeur, grand-père de fait de l'enfant, n'avait pas qualité à agir en l'absence de lien juridique établi avec le mineur. Pourtant, « *un lien de droit n'est pas nécessaire, l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale visant expressément la seule existence d'un lien de fait* »⁸. En effet, cette disposition fait référence à un « *lien* » pour déterminer les personnes ayant qualité à agir. Elle précise ensuite que ce lien peut être de droit ou de fait. Dès lors, l'existence d'un lien biologique, « *lien de fait incontestable* »⁹, devrait être invocable par ceux qui ne peuvent prétendre à la qualité de grands-parents en raison d'un accouchement sous X. Dans l'intérêt de l'enfant, les

¹ CA Dijon, 19 mai 1988, *D.*, 2000, somm., p. 174, obs. AUTEM (D.).

² Anc. art. L. 224-4, al. 2, 4°, C. act. soc. et fam.

³ Art. 356 C. civ.

⁴ AUTEM (D.) « Exercice de la tierce opposition à un jugement d'adoption plénière, obs. sous CA Dijon, 19 mai 1988 », *D.*, 2000, somm., p. 174.

⁵ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 402. Egalement : AUTEM (D.) précité, *D.*, 2000, somm., p. 174.

⁶ CA Paris, 10 avril 2008, RG n° 07/15408.

⁷ CA Riom, 16 octobre 2001, Jurisdata n° 2001-171782.

⁸ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2*, fasc. 10, 2009, § 82.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2*, fasc. 10, 2009, § 82. Il convient de noter que cette solution s'applique *a fortiori* au père de naissance.

titulaires de l'action en contestation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat auraient dû être entendus largement¹, ce qui aurait permis aux grands-parents de fait de contester l'acte administratif. L'intérêt supérieur du mineur aurait été davantage ménagé, étant donné qu'il aurait pu être élevé par des membres de sa famille par le sang.

366. La position de la Cour de cassation. – Cette solution n'a pas été suivie par la Cour de cassation. Elle estime que la recevabilité de la demande en contestation de l'arrêté de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat est conditionnée à l'existence d'un lien juridique entre les grands-parents et l'enfant². C'est également le sens de la décision rendue par la cour d'appel de Paris le 10 avril 2008³. Pour la juridiction du second degré, les demandeurs ne sont pas les grands-parents juridiques de l'enfant, car la filiation entre l'enfant et ses parents de naissance n'a pas été préalablement établie, la mère ayant accouché sous X⁴. La Cour de cassation a confirmé l'analyse des juges du fond⁵, ce qui permet d'affirmer que les grands-parents de naissance ne disposent d'aucun moyen pour faire établir des relations entre eux et l'enfant né sous X. D'un point de vue juridique, les grands-parents sont des tiers pour le mineur. En l'absence de lien légal, il n'existe entre eux que des relations de fait, insuffisantes pour admettre la recevabilité de leur action en contestation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Tout dépend donc de la volonté des parents de naissance⁶, particulièrement de la mère dont la liberté et la vie privée et familiale sont préservées au détriment de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier, victime de la volonté de ses parents de naissance, perd la possibilité d'établir des liens avec sa famille biologique, notamment ses grands-parents. Son intérêt supérieur n'est pas suffisamment ménagé. En outre, conditionner l'action des grands-parents de naissance à l'existence d'un lien de droit entre eux et l'enfant né sous X revient à les priver de toute possibilité d'agir pour obtenir la restitution du mineur. Cette solution radicale semble disproportionnée au regard des droits fondamentaux⁷ garantis tant en droit interne qu'en droit international. La jurisprudence a ainsi évolué dans un sens favorable au droit de l'enfant à mener une vie familiale avec sa famille biologique.

¹ En ce sens : MURAT (P.), précité, *in* BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17.

² Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 2002, n° 00-21.712.

³ CA Paris, 10 avril 2008, RG n° 07/11288 ; Jurisdata n° 2008-359901.

⁴ En ce sens : CHENEDE (F.), « L'absence de lien de parenté entre l'enfant né « sous X » et ses grands-parents biologiques, obs. sous CA Paris, 10 avril 2008 », *AJ fam.*, 2008, p. 252.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 8 juillet 2009, *Bull. civ. I*, n° 158.

⁶ En ce sens : MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.

⁷ MURAT (P.), précité, *in* BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17.

2/ La protection relative de la vie familiale entre l'enfant et ses grands-parents de naissance

367. La suffisance d'un lien de fait : l'affaire « d'Angers ». – L'affaire dite « d'Angers » a modifié le droit applicable à l'établissement des relations entre des grands-parents et leur petit enfant né sous X. Le tribunal de grande instance d'Angers a considéré que des grands-parents de naissance n'avaient pas qualité pour contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat¹. Selon la juridiction de première instance, il est constant que ces derniers n'ont pas de lien de droit avec l'enfant. L'accouchement sous X fait obstacle à ce qu'il soit identifié juridiquement en tant que grands-parents². Cela signifie que les grands-parents ne jouissent pas d'un lien leur donnant qualité pour agir. Un lien biologique n'est pas suffisant pour leur donner « *le droit de solliciter du juge qu'il examine le bien-fondé* »³ de leur prétention. Les grands-parents interjettent appel du jugement et obtiennent de la cour d'appel d'Angers un arrêt infirmatif⁴. La juridiction du second degré considère que l'enfant née sous X est dépourvue de lien de filiation à l'égard de ses grands-parents. Elle n'est pas leur petite-fille. Les magistrats estiment néanmoins que les faits et la vérité biologique peuvent s'opposer à la logique juridique. C'est la raison pour laquelle les grands-parents biologiques sont recevables à démontrer l'existence d'un lien de fait avec l'enfant conformément à l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, en vigueur au jour où la juridiction a statué. Pour la cour d'appel angevine, en l'absence de précision du texte, le lien entre l'enfant et ses grands-parents de naissance peut être simplement affectif. Les juges du fond sont tenus d'apprécier l'existence et la qualité de ce lien de fait. La demande des grands-parents est ainsi jugée recevable et l'arrêté d'admission de l'enfant comme pupille de l'Etat est annulé⁵. Le mineur est confié à ses grands-parents, à charge pour eux de requérir l'ouverture d'une tutelle. Cette solution fait primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur la faculté de la mère à conserver le secret de son anonymat. La décision de la femme est donc relativisée. La mère accouchée sous X ne peut plus priver unilatéralement l'enfant de sa

¹ TGI Angers, 26 avril 2010, Jurisdata n° 2010-005904 ; *contra* : TGI Angers, ord. président, 8 octobre 2009, Jurisdata n° 2009-011061 (il a été admis que le recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'Etat n'est manifestement pas irrecevable).

² C'est la raison pour laquelle ils ont sollicité une expertise sanguine. Or, l'identification par des empreintes génétiques dans le cadre de cette action est hors du champ de l'article 16-11 du Code civil (voir déjà : TGI Cusset, 10 avril 1997, *Dr. famille*, 1998, comm. n° 150, note MURAT (P.)).

³ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 368.

⁴ CA Angers, 26 janvier 2011, Jurisdata n° 2011-000717.

⁵ La recevabilité de la demande tirée du lien biologique ne signifie pas que celle-ci prospérera nécessairement au fond. Il faut que la demande soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et que les grands-parents de naissance aient la volonté et l'aptitude pour assurer la charge de l'enfant (En ce sens : MURAT (P.), précité, *in* BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17).

famille biologique. Son opposition « *ne justifie pas à elle seule que l'enfant soit adoptée par des étrangers plutôt que confiée à ses grands-parents biologiques* »¹. Par conséquent, la primauté de la famille de la naissance est affirmée dans l'intérêt de l'enfant. L'accouchement secret et anonyme n'est plus un obstacle au droit de l'enfant à connaître son histoire et à être élevé par sa famille biologique, même si cela implique d'être élevé par ses grands-parents.

368. La confirmation jurisprudentielle. – Dans une espèce similaire à l'affaire « d'Angers », d'autres juges du fond ont également dû se prononcer sur la recevabilité d'une demande en annulation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Dans un premier temps, le tribunal de grande instance de Metz a rejeté celle-ci, faute pour la grand-mère d'avoir pu démontrer l'existence d'un lien suffisant, faisant ainsi prévaloir la décision de la mère de naissance de ne pas voir établir une filiation maternelle². Dans un second temps, la cour d'appel de Metz a infirmé la décision des premiers juges. Elle a retenu une motivation similaire à celle utilisée par la cour d'appel d'Angers³. Pour la juridiction du second degré, la nature du lien avec l'enfant n'est pas définie par l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. Elle considère que l'utilisation du terme « notamment » donne des indications au juge du fond sans l'enfermer dans un cadre restrictif. L'existence du lien dépendrait uniquement du comportement des grands-parents biologiques, qui doivent manifester leur volonté permanente d'intégrer l'enfant au sein de la famille en l'accueillant et en l'élevant⁴. L'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat a ainsi été annulé. Le mineur a été confié à sa grand-mère biologique, à charge pour elle de requérir l'ouverture d'une tutelle.

Dans cette espèce, la juridiction d'appel messine s'est prononcée en opportunité et en considération du seul intérêt de l'enfant⁵. Elle a considéré que si la demande de la grand-mère remet en cause la décision de la mère de naissance d'abandonner l'enfant en accouchant sous X,

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2011, act., 161.

² TGI Metz, 13 décembre 2011, n° 1102257 ; *Petites affiches*, 10 juillet 2012, n° 137, p. 13, obs. VASSEUR-LAMBRY (F.).

³ CA Metz, 22 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-004027.

⁴ Dans cette espèce, la demanderesse n'a pas sollicité une expertise biologique. Elle a cherché à démontrer qu'il existait un rapport de filiation entre la mère de naissance et elle-même, et *a fortiori* entre elle et l'enfant né sous X. Elle a prouvé que l'enfant s'inscrivait dans sa lignée familiale en l'absence de lien biologique établi entre le mineur et elle-même (SMS de la mère de la naissance l'informant de l'accouchement, témoignage de la sœur, deux visites de l'enfant à l'hôpital jusqu'à l'interdiction par les services hospitaliers, achat d'un trousseau, biberon donné au bébé, photographies avec l'enfant et rapport du cadre de santé). Elle a informé les services du Conseil général de sa volonté d'obtenir la garde de l'enfant et de son opposition à l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Elle a en outre demandé la notification de l'acte administratif auprès des services de l'ASE. Enfin, la brièveté des contacts entre l'enfant et sa grand-mère de naissance, indépendante de la volonté de cette dernière, ne pouvait pas lui être opposée.

⁵ NEIRINCK (C.), « Accouchement anonyme et secret, grand-parent et article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, obs. sous CA Metz, ch. fam., 22 janvier 2013, n° 11/04085 : Jurisdata n° 2013-004027 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 54.

cette dernière a levé le secret de la naissance de l'enfant envers sa famille en prévenant sa mère de la naissance. De ce fait, elle s'est exposé au risque que sa famille remette en cause sa décision d'abandonner l'enfant, au demeurant équivoque. L'intérêt de l'enfant était donc de le confier à sa grand-mère, ce d'autant plus qu'elle offre des conditions matérielles et morales satisfaisantes pour la prise en charge de l'enfant. Elle a également montré sa détermination à l'élever et à le garder dans sa famille d'origine. Pour autant, cette solution ne risque-t-elle pas de faire de l'enfant une victime de sa famille ?

369. Une solution paradoxale. – En reconnaissant aux grands-parents de naissance un lien biologique avec l'enfant né sous X, les juges écartent la volonté de la mère, au risque de déclencher ou de maintenir un conflit familial « *au sein duquel il n'est pas forcément bon de maintenir l'enfant : une adoption extra-familiale n'est [donc] pas à exclure* »¹. Le recours à cette adoption du mineur est susceptible de lui permettre de « *grandir protégé d'un conflit familial dont sa naissance et son abandon sont à l'origine* »². La décision de confier l'enfant aux grands-parents de naissance apparaît comme une source de difficultés dans la famille. Elle pourrait même créer une situation familiale particulièrement complexe où le développement de l'enfant serait altéré. Le mineur serait confronté à un « *quotidien [qui] lui rappellera en permanence l'abandon dont il a fait l'objet* »³. C'est en ce sens que l'enfant serait la victime de sa famille, nonobstant la primauté qui a été accordée à sa famille de naissance. Cette situation nouvelle semble démontrer qu'il existe conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. En effet, il est impensable de croire que l'enfant ne sera jamais confronté à l'identité et à l'existence de sa mère⁴. Pourtant, cette solution qui aboutit à confier l'enfant né sous X à ses grands-parents de naissance tend en priorité à éviter que l'enfant ne soit la victime de sa famille. Elle vise à garantir son droit à une vie familiale et à être élevé par sa famille de naissance. La jurisprudence a cherché à limiter les effets dévastateurs de l'accouchement secret et anonyme pour l'enfant non désiré par sa mère. Ainsi, le mineur serait élevé par sa famille biologique élargie, qui se serait vue confier la charge de l'enfant. Une adoption du mineur par ses grands-parents est même envisageable⁵. Dès

¹ MURAT (P.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17 ; En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2011, act., 161.

² GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2011, act., 161. Sur l'adoptabilité, voir également : LE BOURSICOT (M.-C.), « Au nom de l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel d'Angers fait primer la volonté des grands-parents d'établir un lien avec l'enfant sur celle de la mère de renoncer à la filiation, obs. sous CA Angers, 26 janvier 2011, n° RG : 10/01339 [...] », *RJPF*, 2011-3/32.

³ GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2011, act., 161.

⁴ En ce sens : GARÉ (T.), « L'accouchement sous X et les grands parents, note sur Cour d'appel d'Angers, (1^{re} ch. B.), 26 janvier 2011 », *D.*, 2011, p. 1053.

⁵ Toutefois, lorsque l'adoptant (les grands-parents de naissance) a des descendants (la mère accouchée sous X), le tribunal vérifie si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale (art. 353, al. 2, C. civ.). Or, il est

lors, si la femme enceinte peut librement et discrétionnairement recourir à une IVG ou à l'abandon de l'enfant à sa naissance, elle ne dispose pas d'un droit subjectif pour le priver d'un état civil et de sa parenté¹. C'est la raison pour laquelle la primauté de la famille biologique a été reconnue.

C/ La reconnaissance de la primauté de la famille de naissance dans l'intérêt supérieur de l'enfant

370. Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit². – Le mineur né sous X a le droit de fonder ses espoirs dans la loi afin que son droit à être élevé par son père ou ses grands-parents de naissance soit effectif. Ce droit s'oppose au droit de la mère de l'abandonner librement. De ce point de vue, il est impératif que la loi limite la volonté de la femme. Le caractère absolu du droit au refus de l'enfant doit être compensé par des garanties en faveur d'une efficacité concrète des articles 7, § 1 de la CIDE et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Or, l'étude des règles permettant aux grands-parents de naissance de contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat a démontré l'insuffisante protection accordée au droit de l'enfant à être élevé par sa famille biologique.

371. La connaissance de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat et le point de départ du délai préfix. – Afin de pouvoir contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, les membres de la famille de naissance doivent connaître la date à laquelle il a été pris par le président du Conseil général. C'est à cette condition qu'ils pourront effectivement contester la décision organisant l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Dans le cas contraire, la mise en œuvre de cette voie de recours sera difficile.

évident que la vie familiale est déjà compromise par la décision des grands-parents. Il y a donc peu de chance qu'une adoption plénière ou simple soit accordée en raison « *du bouleversement anormal de l'ordre familial* » et « *des effets plus négatifs que positifs* » qui en résulteraient (Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 12-17.183 (il s'agissait de l'adoption simple d'une petite-fille majeure par ses grands-parents alors que ses parents étaient vivants)).

¹ HAUSER (J.), « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis (suite) (Tribunal de grande instance d'Angers, 26 avr. 2010, n° 10/00171, AJ famille 2010. 278, obs. F. Chénéde, Dr. fam. 2010. repère 6, P. Murat et comm. 114 note P. Salvage-Gerest - Civ. 1re, 23 juin 2010, n° 09-15.219, publié au Bulletin) », *RTD civ.*, 2010, p. 540.

² LACORDAIRE (H.), « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* ».

Plusieurs théories doctrinales se sont opposées quant au point de départ du délai de trente jours fixé à l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles¹, en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2014², pour contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Soit ce délai expire trente jours après l'admission de l'enfant à titre provisoire, c'est-à-dire à compter de l'établissement du procès-verbal de l'article L. 224-5 du Code de l'action sociale et des familles. Le délai de trente jours est alors inclus dans le délai de deux mois au cours duquel les parents peuvent reprendre l'enfant immédiatement et sans formalité³. Cette solution ne présentait pas d'intérêt sur un plan pratique et juridique⁴. En outre, il n'existe pas juridiquement d'admission provisoire de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat⁵. Soit le délai de trente jours expire après l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat à titre définitif, c'est-à-dire après l'écoulement du délai de deux mois de l'article L. 224-6 du même Code, et *a fortiori*, de l'article 351, alinéa deuxième, du Code civil⁶ lorsque l'enfant n'a pas de filiation établie⁷. En effet, c'est à cette date que le mineur est juridiquement admis comme pupille de l'Etat. Par conséquent, jusqu'au 1^{er} janvier 2014, les parents, voire les membres de la famille de naissance de l'enfant, pouvaient obtenir la restitution du mineur pendant trois mois⁸ : deux mois au titre de l'article L. 224-6 du Code de l'action sociale et des familles et de l'alinéa deuxième de l'article 351 du Code civil, et trente jours en application de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. Encore fallait-il qu'ils aient été informés de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Dans le cas contraire, le droit à un recours juridictionnel effectif n'était pas garanti, et *a fortiori* le droit du mineur à être élevé par sa famille biologique. Il était donc nécessaire qu'ils bénéficient d'une information précise relativement à la date à laquelle l'arrêté d'admission de l'enfant comme pupille de l'Etat a été pris par le président du Conseil général. C'est la position adoptée par le tribunal de grande instance de Pontoise. Pour les juges du fond, le délai préfix commençait à courir, en l'absence d'obligation légale de notification ou de publication de l'arrêté d'admission, à compter du jour où les personnes ayant qualité pour agir ont

¹ Sur ce point : TON NU LAN (A.), « Le délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'Etat », *RJPF*, 2004-2/10.

² Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat], n° 2012-268 QPC, considérant n° 11 ; L. n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat, *JO*, 27 juillet 2013, p. 12556, art. 4.

³ Art. L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam.

⁴ En effet, quel serait l'intérêt pour les parents de former un recours en annulation contre l'arrêté d'admission alors qu'ils peuvent reprendre l'enfant sans aucune formalité pendant un délai de deux mois.

⁵ SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.181.

⁶ Cette disposition énonce : « lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant ».

⁷ C'est la position majoritaire. En ce sens : TON NU LAN (A.), précité, *RJPF*, 2004-2/10 ; NEIRINCK (C.) précité, *RDSS*, 2005, p. 1018.

⁸ Il fallait cependant que l'enfant n'ait pas été placé en vue d'adoption entre le deuxième et le troisième mois.

pu en avoir connaissance¹. Ce jugement n'a pas été réellement confirmé en jurisprudence². Face à cette incertitude, une QPC, tendant à faire déclarer l'inconstitutionnalité de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, a été transmise au Conseil constitutionnel³.

372. L'examen de constitutionnalité de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. – Dans l'espèce ayant donné lieu au renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel, la mère de l'enfant n'avait pas accouché anonymement et dans le secret. Un enfant, né le 7 avril 2009, n'a pas de filiation paternelle établie, ce qui permet de penser que le père avait refusé l'enfant. La mère décède le 20 octobre 2009. Le 30 novembre 2009, le service de l'ASE a établi un procès-verbal de recueil de l'enfant en vue de son admission en qualité de pupille de l'Etat. Le 1^{er} décembre 2009, le président du Conseil général prend un arrêté d'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat⁴. Par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 18 février 2010, la grand-mère maternelle sollicite du tribunal de grande instance, sur le fondement de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale, en vigueur à cette date, outre l'annulation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, sa désignation en qualité de gardien⁵. Le tribunal déclare sa demande recevable, mais la rejette le 11 mai 2010. Ce jugement est infirmé par la cour d'appel de Versailles le 2 décembre 2010, qui estime que la demande de la grand-mère maternelle est irrecevable.

La grand-mère maternelle a estimé que l'arrêté d'admission de l'enfant ne pouvait qu'intervenir qu'à l'issue d'un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant, en application de l'article L. 224-6 du Code de l'action sociale et des familles, c'est-à-dire à compter du 31 janvier 2010. Cette date constituait donc le point de départ du délai préfix de trente jours pour contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Au contraire, la juridiction d'appel estime que le président du Conseil général pouvait régulièrement admettre l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, par un arrêté en date du 1^{er} décembre 2009, car la mère

¹ TGI Pontoise, 2 juillet 1986, Jurisdata n° 1986-048430.

² Pour une solution identique : CA Paris, 13 septembre 1996, Jurisdata n° 1996-024658 – CA Grenoble, 3 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-344150 – TGI Angers, ord. président, 8 octobre 2009, Jurisdata n° 2009-011061 ; *contra* : CA Riom, 16 octobre 2001, Jurisdata n° 2001-171782, TGI Angers, 26 avril 2010, Jurisdata n° 2010-005904 (le délai préfix court à compte de l'arrêté lui-même en l'absence d'obligation de notification ou de publication, et non à compter du jour où les personnes susceptibles d'exercer cette voie de droit en ont eu connaissance).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2012, n° 11-27.071 ; *Bull. civ. I*, n° 121, QPC.

⁴ Cet arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat précisait que le mineur était déclaré pupille de l'Etat à titre provisoire à compter du 30 novembre 2009, date de son recueil par le service de l'ASE, et admis définitivement en qualité de pupille de l'Etat à compter du 31 janvier 2010 sauf reprise avant cette date.

⁵ La grand-mère maternelle a également confirmé sa volonté de prendre en charge l'enfant le 1^{er} février 2010, lors de son audition par le juge des tutelles qu'elle avait saisi d'une demande de tutelle, reçue le 29 janvier 2010. Le magistrat a sursis à statuer dans l'attente de la décision du TGI sur le recours formé contre l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat.

étant décédée et l'enfant n'ayant pas de filiation paternelle établie, aucune rétractation ne pouvait être exercée dans le délai légal de deux mois qui permet de solliciter la restitution immédiate et sans formalité de l'enfant. Par conséquent, le recours de la grand-mère maternelle, exercé le 18 février 2010, ne pouvait qu'être déclaré irrecevable en raison de sa tardiveté. L'aïeule s'est donc pourvue en cassation¹. A cette occasion, elle a soulevé l'inconstitutionnalité de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, applicable au moment des faits, au moyen d'une QPC². La Cour de cassation, dans son arrêt du 6 juin 2012, estime que « *la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle fait valoir qu'en fixant le point de départ du délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'Etat à la date d'adoption de cet arrêté, cette disposition a pour effet, en l'absence de notification ou de publication de celui-ci, de priver les personnes ayant qualité à agir de la possibilité de former leur recours en temps utile* »³. La QPC est ainsi renvoyée au Conseil constitutionnel.

Le 27 juillet 2012, les Sages ont déclaré inconstitutionnel le premier alinéa de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles avec report de l'abrogation au premier janvier 2014⁴. Les magistrats de la rue Montpensier ont sanctionné le défaut de publicité de l'arrêté du président du Conseil général, car celui-ci n'était pas notifié aux personnes susceptibles de le contester⁵. Ils ont en outre précisé que le point de départ du délai préfix devait commencer à courir à compter de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat à titre définitif⁶. Les présidents des Conseils généraux doivent donc s'assurer que les personnes susceptibles d'exercer un recours contre l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat aient connaissance de l'existence de cet acte administratif, afin de pouvoir le contester effectivement. Cela signifie que l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat doit être notifié aux parents, mais pas uniquement. La notification doit également profiter aux grands-parents de l'enfant, puisqu'ils font partie de sa parenté, ainsi qu'aux alliés et personnes justifiant d'un lien

¹ Ces faits sont précisés dans l'arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 2013 dans lequel la Haute juridiction a examiné le pourvoi contre la décision de la cour d'appel (Cass. civ. 1^{ère}., 9 avril 2013, n° 11-27.071 ; *Bull. civ. I*, n° 66).

² La QPC était formulée dans ce sens : « *l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles, en ce qu'il fait courir le délai de trente jours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat à compter de la date de l'arrêté du président du conseil général, sans prévoir la publicité de cet arrêté, est contraire au principe constitutionnel garantissant le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction et à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* ».

³ Cass. civ. 1^{ère}., 6 juin 2012, n° 11-27.071 ; *Bull. civ. I*, n° 121, QPC.

⁴ Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC.

⁵ Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC, considérant n° 8 et 9.

⁶ Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC, considérant n° 7.

avec lui, qu'il soit de droit ou de fait¹. Le Conseil constitutionnel a toutefois précisé que seules les personnes les plus proches de l'enfant devaient être informées². Cette notification ne devrait poser aucun problème en cas de remise volontaire du mineur, mais qu'en sera-t-il dans l'hypothèse d'un accouchement sous X où l'enfant n'a pas de filiation établie. Dans cette hypothèse, il paraît difficile de prévenir les personnes qui ont un lien de droit ou de fait avec l'enfant. L'identité de la mère reste secrète et l'enfant n'a ni parents ni proches³. Par conséquent, la notification de l'arrêté d'admission ne peut pas être réalisée, sauf à révéler la naissance de l'enfant et l'identité de sa mère à des tiers⁴. Cette possibilité est pourtant envisageable lorsque les droits de la famille biologique sont pris en compte en cas d'accouchement sous X, notamment en imposant à l'ASE la recherche du père de naissance qui aurait pu établir sa filiation par une reconnaissance anténatale⁵. Cela est d'autant plus vrai que le droit à un procès équitable, également garanti par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, peut être atteint par l'absence de notification ou de publication de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat.

373. Le contrôle de conventionnalité de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. – Dans l'espèce ayant donné lieu à la transmission de la QPC, la Cour de cassation a censuré le 9 avril 2013, par refus d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 2 décembre 2010, dans lequel les magistrats ont considéré le recours de la grand-mère maternelle irrecevable car tardif⁶. Cela signifie que la requérante devait être informée, en temps utile, de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat et de la faculté de le contester. Dans le cas contraire, le délai de contestation de trente jours est atteint dans sa substance même⁷, ce d'autant plus que la grand-mère maternelle ne connaissait pas

¹ Ce qui permet également d'inclure les grands-parents de naissance.

² Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC, considérant n° 8.

³ HAUSER (J.), « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'Etat (Civ. 1^{ère}, 6 juin 2012, n° 11-27.071, renvoi d'une QPC, publié au Bulletin », *RTD civ.*, 2012, p. 523. En ce sens : SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.161.

⁴ NEIRINCK (C.), « L'inconstitutionnalité du premier alinéa de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, obs. sur Cons. const. déc. 27 juillet 2012, n° 2012-268 QPC : Jurisdata n° 2012-019113 ; JO 28 juill. 2012, p. 12355 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 143.

⁵ Art. L. 224-4, 1° C. act. soc. et fam. proposé ; *supra*. § 360.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 avril 2013, n° 11-27.071 ; *Bull. civ.* I, n° 66.

⁷ Cour EDH, 8 mars 2012, *Celice c/ France*, req. n° 14166/09, § 33 (il a été jugé que « le droit à un tribunal, dont le droit d'accès constitue un aspect, n'est pas absolu ; il se prête à des limitations implicites, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours [; celles-ci] ne peuvent toutefois en restreindre l'exercice d'une manière ou à un point tels qu'il se trouve atteint dans sa substance même, elles doivent tendre à un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »).

avec certitude le point de départ du délai préfix pour contester l'acte administratif. L'alinéa premier de l'article L. 224-8 n'est donc pas uniquement inconstitutionnel. Il est également inconventionnel, ce qui permet à la Cour de cassation d'appliquer indirectement et par anticipation la décision QPC du Conseil constitutionnel. En effet, l'abrogation de la disposition litigieuse n'a pris effet qu'au 1^{er} janvier 2014¹. Dès lors et jusqu'à cette date, il fallait procéder à la notification ou à la publication de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. C'est à cette condition qu'était assurée l'effectivité du droit à un procès équitable et surtout les droits du mineur, même si un problème de sécurité juridique, préjudiciable à l'intérêt de l'enfant, était susceptible de se poser². Le droit de contester l'arrêté d'admission a ainsi été maintenu, mais les Conseils généraux ont dû, dès la décision de la Cour de cassation du 9 avril 2013, notifier ou publier l'arrêté alors que cela n'était pas prévu par l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles jusqu'au 1^{er} janvier 2014, date à laquelle un dispositif spécifique et nouveau a été mis en place pour garantir la protection du mineur³.

Ces difficultés sont illustrées par un jugement du tribunal de grande instance d'Arras du 9 avril 2014⁴. Dans cette espèce, les juges du fond ont appliqué rétroactivement la jurisprudence de la Cour de cassation pour déclarer recevable la demande d'un père de naissance tendant à l'annulation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat⁵. L'enfant est né sous X le 14 avril 2011, mais le père n'a appris l'existence du mineur que le 19 avril 2012. L'enfant a été admis en qualité de pupille de l'état à titre provisoire le 26 avril 2011, et à titre définitif, le 15 juin 2011. Le père, ignorant la naissance de l'enfant, n'a pas pu contester l'acte administratif, qui ne lui a *a fortiori* pas été notifié. L'adoption plénière du mineur est prononcée le 18 janvier 2013. Le 30 septembre 2013, le père de naissance saisit la juridiction de grande d'instance d'Arras sur le fondement de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles en vigueur à cette date. Il sollicite également à titre subsidiaire l'autorisation d'exercer

¹ Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC, considérant n° 11 ; L. n° 2013-673 précitée, art. 4.

² Cette affaire illustre l'articulation et la complémentarité des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité dans la protection des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Une même disposition législative peut être inconstitutionnelle, sous la réserve d'une abrogation différée dans le temps, puis inconventionnelle et écartée immédiatement dans le procès. Il existe donc une opposition entre l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel et l'autorité de la chose interprétée par la Cour de cassation, ce qui a pu poser des problèmes de sécurité juridique pour les Conseils généraux jusqu'au 1^{er} janvier 2014. Devaient-ils ou non informer les proches de l'enfant de son admission en qualité de pupille de l'Etat ? Dans le doute, il convenait de procéder à la notification ou à la publication de l'arrêté d'admission puisque les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice commandent d'éviter les conflits et procès ultérieurs, préjudiciables à l'intérêt supérieur de l'enfant. La conventionnalité du délai de contestation de trente jours n'a cependant pas été remise en cause.

³ *Infra.* § 505 et s.

⁴ TGI Arras, 9 avril 2014, RG n° 13/01692.

⁵ Par jugement avant dire droit, la juridiction du fond a ordonné un examen comparé des prélèvements biologiques (sang/salive).

un droit de visite en raison de l'intérêt qu'il a manifesté pour l'enfant depuis qu'il a appris sa naissance. Dans ces conditions, de quelle manière le père pourra-t-il établir un lien de filiation puisque l'adoption plénière a été prononcée et les liens avec la famille d'origine rompus ? Est-il de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'un parent de naissance puisse contester l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat plus d'un an après la signature de l'acte administratif ?

Conclusion du chapitre 1

374. L'emprise des volontés parentales et familiales. – La question de l'enfant désiré ou non désiré par sa famille ne peut pas être laissée à l'appréciation de la seule volonté des parents, au risque de faire du mineur une victime de sa famille. La volition des adultes ne peut pas uniquement présider à la destinée de l'enfant à naître ou né. Cela signifie que le poids du désir d'être parent ne peut pas justifier en lui-même la création d'une famille par le lien de filiation, dès lors que la loi est détournée de sa finalité. La transformation profonde de la famille par la prise en compte du désir¹ n'est pas suffisante pour exclure tout encadrement légal de la volonté des adultes. C'est notamment le cas si le couple use d'une GPA, voire d'une PMA, afin de réaliser son désir d'enfant. Les mineurs, en raison de leur vulnérabilité, ne doivent pas subir les conséquences du choix de leurs parents au risque d'« être en fait orphelins de leurs parents vivants »². A cet égard, le refus d'enfant a été pris en considération par le législateur. La volonté de ne pas être parent a été intégrée dans la loi. Néanmoins, si la liberté de recourir à une IVG pour convenances personnelles semble accordée à la femme, sa décision de priver l'enfant de sa famille de naissance n'est pas absolue lorsqu'elle accouche sous X. Le droit au refus d'être parent traduit « une décision laissée à la seule convenance personnelle de l'intéressé : la volonté n'est pas 'objectivée', contrôlée »³. Le désir de ne pas être parent est par nature subjectif. Il dépend de la volonté des individus. C'est pour cela qu'il ne peut pas être contrôlé. Le droit n'est toutefois pas absent. L'enfant non désiré a le droit d'être élevé par ses parents et *a fortiori* par un membre de sa famille de naissance. La volition de ne pas être parent a été encadrée par la loi et la jurisprudence pour garantir au mineur une vie familiale avec sa famille biologique. Un dispositif spécial a également été mis en place, afin de garantir au mineur, dans la mesure du possible, la connaissance de ses origines⁴. C'est à ces conditions que la dignité de l'enfant sera garantie.

¹ NEIRINCK (C.), « Conclusions », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 193.

² JEAN-PAUL II, *Lettre aux familles*, 1994, n° 9, disponible sur www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/letters/1994/documents/hf_jp-ii_let_02021994_families_fr.html, consulté le 18 janvier 2012.

³ PARICARD-PIOUX (S.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 57

⁴ *Infra.* § 484 et s.

CHAPITRE 2. L'ENFANT OBJET SOCIAL

375. La sacralisation à l'excès de l'enfant. – La célèbre formule « *Familles, je vous hais ! foyers clos ; portes refermées ; possessions jalouses du bonheur* »¹, cri d'un homme aspirant au bonheur familial et sa douleur de ne pouvoir y accéder à tel point qu'il en fait grief aux familles², peut également mettre en évidence une vision possessive et égoïste de l'enfant³. Elle témoigne de l'existence d'une « *famille close, repliée sur elle* »⁴ au sein de laquelle l'enfant est le fruit d'un amour conjugal. L'enfant, valeur centrale de notre société, consacre la réussite d'un couple, en ce qu'il participe à la construction sociale de la réalité familiale. Le couple tire un avantage⁵ de l'enfant. Ce dernier permet de révéler l'existence d'une famille dans la société, ce d'autant plus que la famille ne se construit plus par le mariage, mais par l'enfant⁶. Il est l'épicentre de la famille qu'il fonde⁷. C'est en ce sens que « l'enfant objet social » constitue une manifestation de la conception moderne de la notion de mineur victime de sa famille. En effet, les personnes « *désirent des enfants pour eux-mêmes ; et ils voient en eux le couronnement de leur amour réciproque. Ils les désirent pour la famille, comme un don très précieux* »⁸. L'enfant « devient un don pour les auteurs de la vie, *qui ne pourront pas ne pas sentir la présence de leur enfant, sa participation à leur existence, son apport à leur bien et à celui de la communauté familiale* »⁹ et sociale¹⁰. Cette sacralisation à l'excès de l'enfant aboutit à faire du mineur un objet désirable, un objet d'appropriation. Il n'est plus voulu par ses parents pour lui-même, mais parce qu'il révèle un fait familial. Nonobstant sa qualité de sujet de droit, le mineur est instrumentalisé et devient un objet de possession (Section 1). L'autorité parentale traduit l'expression de la domination des parents sur l'enfant. Elle est détournée de sa finalité, alors que les prérogatives des père et mère doivent en principe s'accommoder de la montée des droits de l'enfant. Cette prédominance accordée à l'enfant, en tant que consécration de la famille, n'est pas une garantie de stabilité de la cellule familiale. Elle ne semble pas se concilier avec la dissolution du couple

¹ GIDE (A.), *op. cit.*, [1897], coll. Folio, Paris : Gallimard, 1972, rééd. 2012, p. 67.

² CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 272.

³ POUSSON-PETIT (J.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 117.

⁴ POUSSON-PETIT (J.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 117.

⁵ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o objet (3). L'objet est défini comme l'« *avantage d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial (honneur, nom, fidélité, assistance, etc.)* ».

⁶ THERY (I.), précité, in SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 61.

⁷ CORPART (I.), précité, *RRJ*, 2005-4, p. 1807.

⁸ JEAN-PAUL II, *Lettre aux familles* précitée, 1994, n^o 9.

⁹ JEAN-PAUL II, *Lettre aux familles* précitée, 1994, n^o 9.

¹⁰ Sur la question de l'enfant comme don : SÉRIAUX (A.), « L'enfant comme don », in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 11.

conjugal où l'enfant peut devenir un enjeu entre ses parents. Il est « *utilisé par les parents comme objet de compétition, d'appropriation, soit pour faire payer à l'autre l'échec du couple* »¹. L'enfant n'est cependant pas qu'un objet de possession. Le « *dénigrement, [la] disqualification, [ou la] tentative d'effacement de l'autre parent de la vie de l'enfant* »² par l'un des père et mère peut conduire à une aliénation de l'enfant dans sa famille, celui-ci étant privé de son libre arbitre. Le mineur peut donc aussi être un objet d'aliénation dans sa famille (Section 2).

Section 1. L'enfant objet de possession

376. L'appartenance de l'enfant à sa famille. – En matière d'éducation, « *l'enfant, dit-on est d'abord à ses parents : c'est donc à eux qu'il appartient de diriger, comme ils l'entendent, son développement intellectuel et moral* »³. Cette phrase empruntée, à Emile DURKHEIM, invite à penser que l'enfant appartient à ses parents et à sa famille, dont il prolonge la lignée. La montée en puissance de la valeur de l'enfant depuis le milieu du XX^{ème} siècle et l'apparition d'une société pédocentree posent la question de l'appartenance de l'enfant. Le mot « appartenance » peut se définir par « *le fait d'appartenir à* » ou « *ce qui appartient à* »⁴. Or, le verbe « appartenir » exprime l'idée d'une propriété, lorsqu'il concerne une chose⁵, ou de dépendance⁶. En réalité, le terme « appartenance » doit être analysé en référence au mot « apanage ». Avoir « l'apanage de quelque chose » ou de quelqu'un signifie « *en avoir l'exclusivité* », tandis qu'être l'apanage de quelque chose ou de quelqu'un veut dire « *lui appartenir en propre* »⁷. L'« apanage » correspond, au sens figuré, à « *ce qui appartient en propre à quelqu'un ou à quelque chose, ce qui en est le privilège* »⁸. De ce point de vue, les membres de la famille pourraient souhaiter avoir l'exclusivité de l'enfant. Il y aurait une volonté d'appropriation de l'enfant en tant qu'épicentre de la cellule familiale⁹. L'enfant est un objet de possession des membres de la famille qui manifestent leur volonté de profiter exclusivement de ce dernier. Il est un objet de convoitise au sein de la cellule

¹ GANANCIA (D.), « Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles », *AJ fam.*, 2013, p. 264.

² GANANCIA (D.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 264.

³ DURKHEIM (E.), *Education et sociologie*, [1922], 10^{ème} éd., coll. Quadrige, Paris : PUF, 2013, p. 58.

⁴ Le Trésor de la Langue Française Informatisé (ATILF), V^o appartenance, (disponible sur <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/visusel.exe?12;s=3843727200;r=1;nat=;sol=1;>, consulté le 25 juin 2012).

⁵ Le Trésor de la Langue Française Informatisé (ATILF), V^o appartenir, (disponible sur <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=3843727200;>, consulté le 25 juin 2012) ; *Le Petit Larousse illustré*, V^o appartenir.

⁶ *Le Petit Larousse illustré*, V^o appartenir.

⁷ *Le Petit Larousse illustré*, V^o apanage.

⁸ Le Trésor de la Langue Française Informatisé (ATILF), V^o apanage, (disponible sur <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=1219993185;>, consulté le 25 juin 2012).

⁹ Cette volonté peut également se manifester alors que des enfants ont fait l'objet d'un placement en assistance éducative auprès d'une famille d'accueil, qui a souhaité se les approprier (CA Lyon, 30 novembre 2010, Jurisdata n° 2010-025945).

familiale. C'est à ce titre qu'il est permis de penser qu'il appartient à cette catégorie moderne d'enfant victime de sa famille. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe¹ a conduit à consacrer un mode de filiation fondé prioritairement sur la volonté des parents² (§ 1), ce qui ne constitue qu'un exemple de l'emprise des volontés familiales sur l'enfant (§ 2).

§ 1/ La reconnaissance incomplète de la famille homoparentale

377. Homoconjugalité, homoparentalité et homoparenté³. – La famille homosexuelle « désigne les couples constitués de deux membres de même sexe qui veulent bénéficier des liens familiaux et réclament l'accès à l'alliance et à la parenté »⁴. Jusqu'à présent, ces deux types de liens étaient fondés sur le principe de l'altérité sexuelle. La famille se construisait autour de la génération⁵. La demande de création d'une famille homosexuelle a abouti à une « "désexualisation" de la famille », dont la construction serait indifférente à sa composition⁶. La loi du 15 novembre 1999⁷, complétée par la loi du 23 juin 2006⁸, a permis une première reconnaissance de l'homoconjugalité, bien qu'elle n'ait pas permis aux personnes de même sexe de s'unir par un lien d'alliance. La Cour de cassation a par ailleurs refusé aux personnes homosexuelles l'accès au mariage, puisque « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »⁹. Le Conseil constitutionnel n'a pas contredit cette position dans sa décision QPC du 28 janvier 2011¹⁰. La loi du 17 mai 2013¹¹ a remis en cause cette jurisprudence. Désormais, le mariage civil est ouvert aux personnes de même sexe, ce qui a permis de consacrer une vie familiale homosexuelle¹².

¹ L. n° 2013-404 précitée.

² HAUSER (J.), « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G.*, 2012, doct. 1185 ; ROUVIÈRE (F.), « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *Gaz. pal.*, 7 mars 2013, n° 66, p. 5.

³ Voir notamment : KESSLER (G.), « Homoparenté et homoparentalité. Les différents modes de constitution de la famille homosexuelle », *RLDC*, 2008/50, n° 3028.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143.

⁷ L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JO*, 16 novembre 1999, p. 16959.

⁸ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO*, 24 juin 2006, p. 9513.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 113.

¹⁰ Cons. const. 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], n° 2010-92 QPC, considérant n° 9.

¹¹ L. n° 2013-404 précitée.

¹² RAOUL-CORMEIL (G.), « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 », *Gaz. pal.*, 24 août 2013, n° 236, p. 9.

L'homoconjugalité par le mariage a été reconnue par le législateur. Cette loi a également permis l'accès à la famille homosexuelle par l'adoption, ce qui n'est pas sans conséquence¹. A cet égard, l'article 6-1 du Code civil précise que « *le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ». Par conséquent, les dispositions relatives notamment à l'établissement de la filiation², aux actions relatives à la filiation³ et à la PMA⁴ sont exclues du domaine d'application de cette disposition. Cela signifie que la reconnaissance de l'homoparenté ne peut se faire que par l'adoption. L'homoparenté pour un couple homosexuel n'est accessible que par le mariage (A), ce qui, *a contrario*, ne permet pas à un couple de même sexe de devenir parent en ayant recours à une adoption hors mariage (B). Le mariage constitue à la fois « *la clef d'ouverture et la clef de voûte de la famille homosexuelle* »⁵. C'est grâce à cette union matrimoniale que le couple de même sexe pourra fonder une famille homoparentale. Elle leur permet d'accéder à l'adoption.

A/ L'établissement de l'homoparenté pour les couples homosexuels mariés

378. L'enfant élevé par des parents homosexuels. – La Cour de cassation italienne a jugé qu'il n'existait pas de « *certitudes scientifiques ou d'éléments tirés de l'expérience* » établissant qu'il est « *préjudiciable pour l'équilibre et le développement de l'enfant* » de « *vivre dans une famille composée d'un couple homosexuel* ». Affirmer le contraire reviendrait à donner « *pour évident ce qui est au contraire à démontrer, à savoir le danger de ce contexte familial pour l'enfant* »⁶. En d'autres termes, « *soutenir qu'il existe un danger pour un enfant relève du postulat* »⁷ lorsque les parents ou l'un des deux sont homosexuels⁸. Dès lors, si cette solution étrangère est étendue par analogie à notre droit interne, cela implique que l'orientation sexuelle

¹ Voir notamment : ESCOURROU (J.-F.), « Des conséquences prévisibles de l'adoption homoparentale en droit positif », *Dr. famille*, 2014, étude n° 13.

² Art 311-25 à 317 C. civ.

³ Art 318 à 337 C. civ.

⁴ Art 311-19 et 311-20 C. civ.

⁵ LE BOURSICOT (M.-C.), « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, 2013-7.8/26.

⁶ Cass. italienne, 11 janvier 2013, arrêt n° 601, R. G. N. n° 4855/12 ; *D.*, 2013, p. 177, note LAFFAILLE (F.).

⁷ LAFFAILLE (F.), « Garde d'un enfant : mère ancienne toxicomane vivant en couple homosexuel. Note sur Cass. italienne, 11 janvier 2013, n° 601 », *D.*, 2013, p. 177.

⁸ Dans le même sens, une dysphorie de genre ne peut justifier la réduction d'un droit de visite que si elle entraîne une « *situation d'instabilité émotionnelle chez* » la requérante avec « *le risque de transmettre cette instabilité à l'enfant, perturbant ainsi son équilibre psychologique* ». Il existe dès lors « *un risque certain de porter préjudice à l'intégrité psychique et au développement de la personnalité du mineur, compte tenu de son âge et de l'étape évolutive dans laquelle il se trouvait* » (Cour EDH, 30 novembre 2010, *P. V. c/ Espagne*, req. n° 35159/09, § 30 et 32).

des parents n'est pas une cause empêchant un couple homosexuel d'élever un enfant¹. Le mineur n'appartient pas à la catégorie classique de l'enfant victime de sa famille en raison d'un danger. En ce sens, la Cour européenne des Droits de l'Homme a sanctionné une juridiction portugaise qui a considéré qu'un enfant « *doit vivre au sein (...) d'une famille traditionnelle portugaise* » et qu'« *il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anomalie et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales* ». Les juges européens ont ainsi constaté la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales². Par conséquent, le fait pour un enfant d'être élevé par un couple marié homosexuel ne fait *a priori* pas de lui une victime de sa famille (1), même si le contraire pourrait être affirmé *a posteriori* (2).

1/ L'exclusion *a priori* de la qualité d'enfant victime de sa famille

379. Un préalable : l'accès à l'homoparenté pour la personne célibataire. – Lorsque le juge se prononce sur l'exercice de l'autorité parentale d'un enfant, il est impossible de considérer « *a priori que la vie en couple homosexuel constitue un handicap* »³. Cela signifie que la personne célibataire homosexuelle, qui souhaite adopter en enfant, ne peut *a fortiori* pas se voir opposer un refus d'agrément par le président d'un Conseil général⁴. Pourtant, cet agrément lui était refusé en pratique, ce qui revenait à poser « *en a priori que l'altérité sexuelle du couple parental est un élément favorable à l'épanouissement de l'enfant. Or, les préférences sexuelles de l'adoptant n'ont rien à voir avec sa capacité à l'élever* »⁵. Ce refus systématique des présidents de Conseils généraux de délivrer un agrément aux personnes homosexuelles célibataires a été approuvé par le Conseil d'Etat⁶. Dans un arrêt *Frette c/ France* du 26 février 2002, la Cour

¹ CA Grenoble, 31 janvier 1996, *JCP G.*, 1996, IV, 2221 (les juges relèvent que malgré l'homosexualité reconnue du père, celui-ci n'a pas une attitude traumatisante ou déplacée à l'égard de l'enfant).

² Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, req. n° 33290/96, § 35 et 36.

³ HAUSER (J.), « Autorité parentale et droit de visite : des "qualités" pour être parent (Cour. cass. italienne, 11 janv. 2013, n° 601, D. 2013. 177, obs. F. Laffaille - Nancy, 3^e ch. civ. 28 sept. 2012, n° 11/01931, Dr. fam. 2013. comm. 13, obs. Neirinck - CEDH 12 févr. 2013, n° 29617/07, *Vojnity c/ Hongrie*, AJ fam. 2013. 179, obs. I. Gallmeister) », *RTD civ.*, 2013, p. 365.

⁴ L'adoption demandée par une personne seule est possible. L'alinéa premier de l'article 343-1 du Code civil dispose que « *l'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans* ».

⁵ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143.

⁶ Par exemple : CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 9 octobre 1996, *Département de Paris c/ M. Frette*, n° 168342 – CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 12 février 1997, *Mme Parodi*, n° 161454 – CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 12 février 1997, *Mme Bettan*, n° 161455.

européenne des Droits de l'Homme a admis que la justification avancée, pour refuser un agrément pour l'adoption à une personne célibataire homosexuelle, paraissait objective et raisonnable dans la mesure où seul était prise en compte l'intérêt supérieur de l'enfant¹. Il était donc possible de limiter l'accès des personnes homosexuelles à l'adoption. Le 5 juin 2002, le Conseil d'Etat a, à nouveau, confirmé la décision refusant à une femme homosexuelle l'agrément pour une adoption. La Haute juridiction administrative s'est fondée sur le fait que la requérante n'offrait pas à l'enfant « *une image ou un référent paternel* »². La Cour de Strasbourg a condamné la France pour ce refus d'agrément administratif préalable à l'adoption, demandé par une femme homosexuelle, et motivé par son incapacité à donner à l'enfant un référent paternel³. Elle considère qu'un tel argument n'est pas pertinent en présence d'un requérant homosexuel. Dans la mesure où la loi française autorise l'adoption par une personne célibataire, il devrait être systématiquement relevé à l'encontre de célibataires hétérosexuels, qui se verraient également refuser l'agrément administratif⁴. En effet, il y aurait une « *incohérence à permettre l'adoption par une célibataire si et seulement si elle assure la présence auprès de l'enfant d'un référent paternel, c'est-à-dire d'une figure non pas uniquement d'homme mais aussi de père* »⁵. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a confirmé l'idée que la référence à la figure paternelle ou maternelle n'était *a fortiori* pas nécessaire pour élever un enfant. Il est vrai que « *l'altérité sexuelle du couple adoptif ne joue aucun rôle lorsqu'il s'agit non pas de procréer, mais d'élever un enfant* »⁶.

380. L'accès à l'homoparenté pour les couples homosexuels mariés. – La loi du 17 mai 2013⁷ a donné une dimension familiale aux unions formées par des personnes de même sexe avec un enfant. Désormais, les époux homosexuels peuvent adopter conjointement un enfant⁸. L'alinéa premier de l'article 346 du Code civil ne leur est plus opposable⁹, encore faut-il qu'il puisse accéder à l'adoption conjointe¹⁰. L'article 345-1 du Code civil leur est également applicable. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est désormais permise lorsque l'enfant n'a de filiation

¹ Cour EDH, 26 février 2002, *Frette c/ France*, req. n° 36515/97, § 42-43.

² CE, 1^{ère} et 2^e s.-sect. réunies, 22 janvier 2008, *Mlle Berthet*, n° 230533.

³ Cour EDH, gr. ch., *E. B. c/ France* précité, § 87 et 89.

⁴ Cour EDH, gr. ch., *E. B. c/ France* précité, § 73 et 95.

⁵ PICHARD (M.), « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in FULCHIRON (H.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 181.

⁶ NEIRINCK (C.), « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil », *Dr. famille*, 2012, repère n° 6.

⁷ L. n° 2013-404 précitée.

⁸ Art. 343 (adoption plénière) et 361 (adoption simple) C. civ.

⁹ Ce texte énonce que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ».

¹⁰ En ce sens : LE BOURSICOT (M.-C.), précité, *RJPF*, 2013-7.8/26.

légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint¹, mais aussi, depuis la loi du 17 mai 2013², lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard³. C'est encore le cas pour l'adoption simple étant donné que l'alinéa troisième de l'article 360 du Code civil dispose désormais que « *l'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple* ». Le législateur a pris en compte la possibilité que l'un des époux homosexuels ait précédemment adopté seul un enfant. De ce point de vue, la famille homosexuelle par l'alliance et la parenté a été consacrée par la loi. Il ne semble donc pas possible d'affirmer que l'homosexualité des parents fait de l'enfant une victime de sa famille. En effet, les couples de personne de même sexe possèdent une aptitude équivalente à celle des couples de sexe différent pour élever leur enfant. Le bénéfice de l'adoption pour l'enfant serait identique, que le couple marié soit hétérosexuel ou homosexuel. Le fait d'avoir deux mères ou deux pères ne paraît pas contraire à l'intérêt de l'enfant⁴. La « *famille homoparentale par – et uniquement par – l'adoption* »⁵ a été entérinée par le législateur, ce qui implique que les parents homosexuels soient préalablement unis par le mariage.

2/ L'admission a posteriori de la qualité d'enfant victime de sa famille

381. Les limites à l'homoparenté par l'adoption de l'enfant du conjoint. – En traitant la question de la famille homosexuelle et de l'homoparenté par le seul recours à l'adoption, cela suppose que l'un des conjoints de même sexe ait un enfant à offrir à l'adoption⁶. Cette éventualité n'est pas évidente. Elle suppose que l'un des époux homosexuel ait antérieurement adopté ou conçu un enfant. En outre, cela crée les conditions d'un détournement de la loi en encourageant l'assouvissement du désir d'enfant par le recours à des PMA ou à des GPA, c'est-à-dire à la conception d'« *enfant ad hoc* »⁷. Or, il a été précédemment vu que l'usage de tels procédés aboutissait à faire de l'enfant une victime de sa famille⁸. L'admission d'une parenté qui ne distingue plus selon le sexe des parents conduit également à reconnaître un mode de filiation

¹ Art. 345-1, 1° C. civ.

² L. n° 2013-404 précitée.

³ Art. 345-1, 1° bis C. civ.

⁴ Cour EDH, 19 février 2013, *X. et a. c/ Autriche*, req. n° 19010/07, § 112.

⁵ CHAMPENOIS (G.), précité, *Deffrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 731 ; FULCHIRON (H.), précité, *JCP G.*, 2013, doct. 658

⁶ HAUSER (J.). « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination », *JCP N.*, 2012, act. 971.

⁷ HAUSER (J.), précité, *JCP G.*, 2012, doct. 1185. Voir également : MEMETEAU (G.), « La loi nuptiale du 17 mai 2013 et le droit du corps », *RRJ*, 2013-4, p. 1523.

⁸ *Supra*. § 316, 317 et 318 et s.

fondé prioritairement sur la volonté et non sur le sang¹. En principe, l'adoption repose sur une fiction. Elle est fondée sur le modèle de la filiation biologique afin d'agréger l'enfant à une famille². Elle est subordonnée à la filiation par le sang sur laquelle elle se greffe³. L'adoption tend à faire comme si l'enfant était bien né de ses parents adoptifs, alors que cela ne peut pas être le cas comme le démontre le fait adoptif en lui-même⁴. C'est la raison pour laquelle l'adoption ne peut pas être perçue comme un « *moyen indifférencié et instrumentalisé de construction d'une filiation purement volontaire* »⁵. Monsieur Hugues FULCHIRON estime ainsi que les relations homosexuelles qu'entretiennent des adultes avec lesquels vit un enfant ne devraient pas concerner le mineur « *et moins encore les liens juridiques que l'enfant entretient avec eux* »⁶. L'adoption ne doit pas être au service de couples de personne de même sexe qui ont le dessein de fonder une famille homosexuelle par l'alliance et la parenté. En ce sens, l'adoption est détournée de sa finalité car elle est utilisée pour servir un projet parental commun, notamment dans le cadre d'une PMA⁷. Or, l'enfant ne doit pas être à la disposition d'individus désireux de consacrer l'existence sociale d'une famille. Il n'est pas un objet de possession, ce d'autant plus si cela aboutit à effacer sa filiation biologique au profit d'une filiation purement volontaire.

382. L'effacement de la filiation biologique de l'enfant. – En cas d'adoption plénière, la filiation biologique d'origine pourrait être effacée⁸, car l'enfant aurait deux mères ou deux pères. Il n'aurait jamais eu de père ou de mère⁹. L'enfant appartiendrait à cette catégorie moderne de mineur victime de sa famille compte tenu de la volition de ses parents, qui font le choix de le priver d'une filiation sexuée. Le mineur ne pourra effectivement pas « *se situer à la fois dans l'espace et dans le temps* », c'est-à-dire « *dans la chaîne des générations* »¹⁰. Il ne pourra pas se

¹ ROUVIÈRE (F.), précité, *Gaz. pal.*, 7 mars 2013, n° 66, p. 5. Voir également : BUISSON (E.), « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'Homme », *D.*, 2012, p. 2618 ; HAUSER (J.), précité, *JCP N.*, 2012, act. 971.

² HAUSER (J.), précité, *JCP N.*, 2012, act. 971.

³ ROUVIÈRE (F.), précité, *Gaz. pal.*, 7 mars 2013, n° 66, p. 5. En ce sens : FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

⁴ ROUVIÈRE (F.), précité, *Gaz. pal.*, 7 mars 2013, n° 66, p. 5.

⁵ HAUSER (J.), précité, *JCP N.*, 2012, act. 971.

⁶ FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX. Voir également : MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1433.

⁷ En ce sens : CAP (S.), GALICHET (L.), MAISONNASE (F.), MOLIERE (A.), et al., « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 89 ; *supra*. § 317.

⁸ En outre, que faire si l'enfant est né d'un père identifié qui souhaite établir sa filiation alors que la conjointe de la mère envisage d'adopter l'enfant ?

⁹ MIRKOVIC (A.), « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 5 ; BATTEUR (A.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 29. Voir déjà à propos de l'adoption simple pour des partenaires pacés : MILLET (F.), « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defrénois*, 2005, art. 38153, p. 743.

¹⁰ MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 5.

représenter comme issu de l'union de deux personnes de même sexe, c'est-à-dire de ses parents, à la différence d'un enfant né de parents hétérosexuels¹. L'homoparenté ne permettrait pas de créer un rapport juridique et généalogique, c'est-à-dire un lien de filiation, entre un enfant et des parents de sexe différent. L'adoption serait utilisée par un couple qui « *entend se rattacher un enfant né ou à naître en tant que couple* »². La filiation aurait pour origine l'enfant et non les parents. En outre, l'enfant pourrait se poser la question de ses origines et de sa conception en raison de sa filiation asexuée, ce qui remettrait en cause les fondements de l'identité individuelle³. Monsieur Hugues FULCHIRON ajoute que « *toute société se construit sur un système de parenté, qui la structure en même temps qu'il la fonde* »⁴. Il précise que l'enfant construit son identité, trouve ses racines humaines qui le relient, « *ne serait-ce que pour des raisons biologiques* », à un homme et une femme qu'à partir de la filiation⁵. Même si la parenté ne suppose pas uniquement une vérité biologique, le mineur serait nécessairement l'enfant d'un homme et d'une femme, car « *la filiation charnelle comme la filiation adoptive ne font que traduire cette réalité première* »⁶.

Au demeurant, l'enfant est-il réellement la victime de sa famille alors que ses parents ne font qu'utiliser un mode d'établissement de la filiation autorisée par le législateur ? Ne faudrait-il pas réserver l'adoption simple aux couples homosexuels en ce qu'elle permet l'établissement de la filiation biologique⁷ ? Cette solution pourrait être envisagée s'il est admis que l'enfant ne peut avoir pour parents que des personnes de sexe différent. En effet, « *avec l'admission de parents de même sexe, les parents ne peuvent plus être ceux qui sont à l'origine de l'enfant* »⁸. Les parents « *deviennent les adultes investis dans le projet affectif et éducatif auprès de l'enfant* »⁹. L'adoption simple pourrait satisfaire cet objectif, ce d'autant plus qu'elle « *viendrait compléter ou remplacer un lien charnel* »¹⁰. Elle donnerait à l'enfant deux parents qui auraient pour mission de l'élever et d'assurer son développement, tandis que ses liens de filiation biologiques subsisteraient. En l'absence d'homoparenté, les personnes de même sexe bénéficieraient d'une homoparentalité. Autrement dit, une relation duale et privilégiée avec l'enfant afin d'assurer son

¹ MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 5.

² MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1435.

³ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1435.

⁴ FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

⁵ FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

⁶ FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

⁷ En ce sens : BATTEUR (A.), précité, *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 29.

⁸ MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 5.

⁹ MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 5.

¹⁰ FULCHIRON (H.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

éducation, sa protection et sa prise en charge, ce qui semble déjà le cas pour les personnes de même sexe non mariées qui ont un enfant.

B/ Le refus de l'homoparenté pour les couples homosexuels non mariés

383. L'adoption d'un enfant réalisée à l'étranger par un couple de même sexe non marié. – Le 7 juin 2012, la Cour de cassation a estimé que l'adoption plénière d'un enfant par deux hommes non mariés, régulièrement prononcée à l'étranger, ne pouvait pas recevoir l'*exequatur*¹. La Haute juridiction a censuré un arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 février 2011². Les magistrats du second degré avaient estimé, pour ordonner l'*exequatur* du jugement, que la décision étrangère qui prononce l'adoption par un couple non marié et partage l'autorité parentale entre les membres de ce couple, ne heurte aucun principe essentiel du droit français et ne porte pas atteinte à l'ordre public international. La juridiction d'appel avait fondé sa décision sur un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2010³. Dans cette espèce, les juges de la Haute juridiction ont considéré « *que le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant* »⁴. La position adoptée en 2012 par la Cour de cassation diffère donc diamétralement de celle prise en 2010. La Haute juridiction semble moins refuser l'*exequatur* en raison de l'absence de mariage des adoptants que parce qu'ils étaient de même sexe⁵. Elle a écarté l'application de l'article 346 du Code civil pour fonder sa cassation au visa de l'article 310 Code civil. Elle affirme qu'« *est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe* ». Or depuis la loi du 17 mai 2013⁶, rien n'interdit que l'acte de naissance de l'enfant indique qu'il soit né de deux parents du même sexe dès lors qu'ils sont unis par le mariage, ce qui n'était pas le cas ici.

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 7 juin 2012, *Bull. civ. I*, n° 125 – Cass. civ. 1^{ère}., 7 juin 2012, *Bull. civ. I*, n° 126.

² CA Paris, 24 février 2011, RG n° 10/08848 ; *D.*, 2011, p. 1585, obs. GRANET-LAMBRECHTS (F.) ; *AJ fam.*, 2011, p. 207, obs. NORD (N.).

³ Cass. civ. 1^{ère}., 8 juillet 2010, *Bull. civ. I*, n° 162.

⁴ La Cour de cassation a cassé et annulé sans renvoi l'arrêt de la cour d'appel dans lequel les juges ont refusé d'accorder l'*exequatur* au jugement étranger d'adoption en se bornant « à énoncer que, selon les dispositions de l'article 365 du code civil, l'adoptante est seule investie de l'autorité parentale, de sorte qu'il en résulte que la mère biologique est corrélativement privée de ses droits bien que vivant avec l'adoptante ».

⁵ SALVAGE-GEREST (P.), « Adoption internationale », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 224.31. Dans le même sens : NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, repère n° 6.

⁶ L. n° 2013-404 précitée.

Le 20 mars 2014, la cour d'appel de Versailles, statuant sur renvoi après cassation, a adopté une solution différente de celle retenue par la Haute juridiction en 2012¹. La cour d'appel s'est fondée sur les articles 6-1 et 34 du Code civil pour autoriser l'*exequatur* du jugement étranger². Pour accorder l'*exequatur*, les magistrats du second degré ont déduit de la formule générale contenue dans l'article 6-1 du Code civil la reconnaissance par le droit français de la possibilité pour un couple homosexuel d'adopter³. En effet, cet article 6-1 vise indistinctement les époux ou les parents de sexe différent ou de même sexe, ce qui laisse penser que des parents homosexuels non mariés ayant adopté un enfant à l'étranger peuvent être reconnus comme tel en droit français, mais à condition que l'adoption réalisée à l'étranger soit régulière. La cour d'appel de Versailles a également énoncé que la substitution opérée par la loi du 17 mai 2013⁴ à l'alinéa deuxième, a) de l'article 34 du Code civil du mot « parent » aux termes « père et mère », s'agissant des mentions devant figurer dans les actes de naissance et de reconnaissance, a fait disparaître l'élément de contrariété à l'ordre public français qui avait motivé la cassation prononcée par la Haute juridiction en 2012. Désormais, l'organisation matérielle des actes de l'état civil ne fait plus obstacle à la transcription sur les actes de l'état civil d'une décision étrangère prononçant l'adoption d'un enfant par deux personnes de même sexe. Un enfant peut être adopté par deux parents du même sexe. La situation des parents de même sexe non mariés et ayant adopté un enfant à l'étranger est donc différente de celle des couples homosexuels non mariés désirant adopter un enfant en France (1), ce qui, à défaut, consacre implicitement une situation homoparentalité (2).

1/ L'adoption simple refusée

384. L'adoption simple de l'enfant du parent homosexuel. – Selon l'alinéa premier de l'article 346 du Code civil, « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ». Il n'est donc pas possible pour un couple de même sexe non marié d'adopter un enfant. *A fortiori*, il n'est pas non plus envisageable que l'enfant d'un des membres du couple non marié soit adopté par l'autre. D'une part, l'adoption plénière n'est pas adaptée, car elle entraîne la disparition du lien de filiation entre l'enfant et son parent d'origine⁵. D'autre part, l'adoption simple implique une perte de l'autorité parentale pour le parent d'origine lorsque l'adoptant n'est

¹ CA Versailles, 20 mars 2014, n° 13/03655, *AJ fam.*, 2014, p. 237, obs. HAFTEL (B.).

² L'article 143 du Code civil a été écarté étant donné que les deux requérants n'étaient pas mariés.

³ Déjà en ce sens : SALVAGE-GEREST (P.), « Adoptions intrafamiliales », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 223.71.

⁴ L. n° 2013-404 précitée.

⁵ Art. 356, al. 1^{er} C. civ.

pas marié. L'article 365 du Code civil précise que « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale* ». Dans cette situation, le parent d'origine renonce à ses propres droits d'autorité parentale. A la différence de l'adoption plénière qui entraîne la disparition de la famille par le sang, le parent d'origine demeure mais il n'a qu'un rôle subsidiaire. En outre, si l'adoptant décède au cours de la minorité de l'enfant, la tutelle sera automatiquement ouverte¹ puisque le parent d'origine n'exerce pas l'autorité parentale. L'établissement du lien adoptif se fait au détriment de la parenté par le sang², ce qui justifie qu'elle soit rarement demandée en pratique. Pourtant, l'adoption simple de l'enfant du concubin ou du partenaire homosexuel a pu être accordée par des juridictions du fond³.

La Cour de cassation s'est opposée à la pratique de l'adoption simple de l'enfant du concubin ou du partenaire homosexuel. Dans un arrêt du 20 février 2007, elle a refusé d'autoriser l'adoption simple de l'enfant d'une femme liée par un PACS. Sans se référer à l'orientation sexuelle des intéressées, la Haute juridiction a jugé que l'adoption simple « *réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits* »⁴. Le 19 décembre 2007, elle a confirmé sa position. Elle a rejeté un pourvoi au motif que la cour d'appel avait relevé, afin de ne pas prononcer l'adoption simple, « *d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint* »⁵. Le 9 mars 2011, elle a renouvelé sa position dans les mêmes termes, mais après avoir renvoyé une QPC relative à l'article 365 du Code civil au Conseil constitutionnel⁶.

385. La conformité de l'article 365 du Code civil aux Droits de l'Homme et aux Libertés fondamentales. – Le 8 juillet 2010, la Cour de cassation a accepté de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC relative à l'article 365 du Code civil. Elle a considéré que cette disposition « *institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon*

¹ Art. 390 C. civ.

² NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143

³ TGI Paris, 26 juin 2001, *Dr. famille*, 2001, comm. n° 166, note MURAT (P.) – CA Nîmes, 17 décembre 2002, *JCP G.*, 2004, IV, 2337 – CA Amiens, 14 février 2007, RG n° 06/03761 ; *RTD civ.*, 2008, p. 97, obs. HAUSER (J.) ; *contra.* : CA Riom, 27 juin 2006, *Dr. famille*, 2006, comm. n° 204, note MURAT (P.).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 71.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 392. Voir également : Cass. civ., 1^{ère}, 6 février 2008, n° 07-12.948.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 10-10.385 ; *Bull. civ. I*, n° 52.

qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique »¹. Les magistrats de la rue Montpensier ont cependant déclaré ce texte conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution. Ils ont relevé que « *le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive* »². Rien n'interdit au parent d'associer son partenaire ou son concubin dans l'éducation du mineur, mais cette implication n'implique pas la reconnaissance corrélative d'un lien de filiation. La parenté se distingue de la parentalité. Le fait d'éduquer l'enfant de son partenaire ou de son concubin ne crée pas un droit à la filiation, voire un droit à l'enfant. Le Conseil constitutionnel a ensuite précisé « *qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a [...] estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs* »³. L'exception posée par le législateur à l'article 365 du Code civil paraît contestable dans la mesure où une pluralité de forme de conjugalité a été consacrée dans la loi⁴. Une proposition de loi déposée au Sénat en 2009 visait à autoriser l'adoption par les partenaires liés par un PACS depuis plus de deux ans⁵. Quoiqu'il en soit, cette exception n'a pas été remise en cause par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Dans l'arrêt *Gas et Dubois*, la juridiction de Strasbourg, en se fondant sur l'absence de différence de traitement discriminatoire, refuse de condamner l'impossibilité, fondée sur l'article 365 du Code civil, pour la concubine d'adopter l'enfant de sa compagne⁶. Les magistrats européens ont considéré « *que, compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du code civil, qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple, l'on ne saurait, en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise en place d'un double lien de filiation en faveur de la compagne de la mère de l'enfant* »⁷. Les couples homosexuels non mariés sont effectivement dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels également non mariés. La législation française est donc différente de

¹ Cass. ass. plén., 8 juillet 2010, n° 10-10.385, QPC.

² Cons. const., 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié], n° 2010-39 QPC, considérant n° 8.

³ Cons. const., 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié], n° 2010-39 QPC, considérant n° 9.

⁴ En ce sens : BATTEUR (A.), « Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du Parlement, point de changements possibles (A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-39 QPC du 5 octobre 2010) », *Petites affiches*, 1^{er} décembre 2010, n° 239, p. 6.

⁵ *Proposition de loi n° 168 autorisant l'adoption par les partenaires liés par un pacte civil de solidarité*, Doc. Sénat, 2009-2010.

⁶ Cour EDH, *Gas et Dubois c/ France* précité, § 69 et 72.

⁷ Cour EDH, *Gas et Dubois c/ France* précité, § 72.

celle que connaît l’Autriche. Le 19 février 2013, la Cour européenne des Droits de l’Homme a conclu, dans l’affaire *X. et a. c/ Autriche*, que l’impossibilité d’accéder à l’adoption coparentale pour les couples homosexuels non mariés en Autriche est discriminatoire en comparaison avec la situation des couples hétérosexuels non mariés. Elle a estimé qu’il y avait eu « *violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8 pour autant que l’on compare la situation des requérants avec celle d’un couple hétérosexuel non marié dont l’un des membres aurait souhaité adopter l’enfant de l’autre* »¹. Elle a distingué cette espèce de l’affaire *Gas et Dubois*, « *dans laquelle la Cour avait conclu à l’absence de différence de traitement fondée sur l’orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu’en droit français l’interdiction de l’adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds* »². En effet, le droit autrichien interdit l’adoption coparentale par un couple homosexuel non marié alors qu’elle est ouverte aux membres d’un couple hétérosexuel qui ne sont pas unis par le mariage, ce qui ne peut être justifié par des considérations tirées de la nécessité de préserver la famille traditionnelle ou la protection des intérêts de l’enfant³. Le groupe de travail « *Filiation, origines, parentalité* » propose de distinguer l’adoption du mode de conjugalité par l’ouverture de l’adoption à tous les couples⁴. Pour autant, l’institution de l’adoption, « *même dans sa forme simple, n’est [...] pas adaptée aux souhaits des couples qui veulent non pas un transfert, mais un partage de cette autorité* »⁵ parentale.

2/ La reconnaissance de l’homoparentalité par la délégation partage de l’autorité parentale

386. Le partage de l’autorité parentale au sein des couples homosexuels. – L’adoption est un instrument qui permet d’établir une parenté, c’est-à-dire un lien de filiation. Elle ne doit pas servir à la création d’une parentalité homosexuelle, qui peut être consacrée au moyen d’autres procédés. En effet, les couples homosexuels ayant un enfant dont la filiation n’est établie qu’à l’égard de l’un d’entre eux peuvent recourir à une délégation partage de l’autorité parentale. Cette situation se retrouve principalement au sein de couple de femmes de même sexe dont l’une a bénéficié d’une PMA à l’étranger (a). Il est toutefois permis de penser que le partage de l’autorité parentale intervient en réalité dans l’intérêt de la mère et de sa partenaire ou concubine. Celles-ci

¹ Cour EDH, *X. et a. c/ Autriche* précité, § 153.

² Cour EDH, *X. et a. c/ Autriche* précité, § 131.

³ Cour EDH, *X. et a. c/ Autriche* précité, § 151.

⁴ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 103-105.

⁵ SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 223.61.

cherchent effectivement une reconnaissance juridique de leur situation¹, à défaut de pouvoir consacrer une homoparenté par l'adoption. En effet, « grâce à la délégation partage, "la famille" semble juridiquement construite et présente une apparence presque classique : un enfant entre deux adultes qui l'assument et l'élèvent »². Cette volonté du couple pose la question de la reconnaissance de la seconde femme comme le parent de l'enfant en l'absence de lien de filiation établi. L'intérêt de l'enfant, condition à la délégation partage de l'autorité parentale, est instrumentalisé pour consacrer l'existence d'une homoparentalité. Le procédé utilisé tend à concrétiser l'appartenance de l'enfant à la famille homosexuelle (b), alors même que la Cour de cassation a subordonné la délégation partage de l'autorité parentale à des conditions strictes (c).

a/ La mise en œuvre de la délégation partage de l'autorité parentale

387. L'adoption simple de l'enfant du membre du couple homosexuel non marié et la délégation de l'autorité parentale. – Le tribunal de grande instance de Paris, après avoir admis l'adoption simple des enfants par la partenaire de la mère³, a autorisé la délégation d'une partie de l'autorité parentale à la mère biologique afin de rétablir un équilibre entre les deux parents des enfants⁴. Le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand a même admis que « l'adoptant pacsé doit être assimilé à un conjoint au sens de l'article 365 du Code civil »⁵, car le PACS organise une vie commune et crée un lien juridique entre les partenaires. C'est la raison pour laquelle la juridiction a considéré qu'en cas d'adoption de l'enfant de son partenaire, l'autorité parentale est automatiquement partagée entre les deux concubins pacsés. Cependant, ces décisions ne prennent pas en compte les risques inhérents à ce procédé, en particulier si une délégation de l'autorité parentale est accordée après le prononcé de l'adoption simple. La mère adoptive peut unilatéralement décider de mettre fin à la délégation partage de l'autorité parentale en cas de mésentente du couple. En outre, si l'enfant adopté en la forme simple conserve en principe son nom, complété par celui de l'adoptant⁶, ce dernier peut demander à ce que l'adopté ne porte que son nom⁷. Or, cela priverait l'enfant de tout lien avec sa mère biologique. De même,

¹ MIRKOVIC (A.), « L'intérêt de l'enfant au service des revendications des personnes de même sexe. Point de vue critique », *AJ fam.*, 2011, p. 605.

² NEIRINCK (C.), « Homoparentalité et ordre public, note sous Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 et Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-12.623 », *RDSS*, 2010, p. 1128.

³ TGI Paris, 27 juin 2001, *Dr. famille*, 2001, comm. n° 116, note MURAT (P.).

⁴ TGI Paris, JAF, 2 juillet 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361, obs. CHENEDE (F.) ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 4, note MURAT (P.).

⁵ TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, *AJ fam.*, 2006, p. 245, obs. CHENEDE (F.).

⁶ Art. 363, al. 1^{er} C. civ.

⁷ Art. 363, al. 4 C. civ.

si l'adoptante décède, la délégation d'autorité parentale consentie à la mère biologique cesserait immédiatement. Celle-ci ne retrouverait pas son autorité parentale, et pourrait être tout au plus tutrice des enfants si la mère adoptive n'a pas désigné, en application de l'article 403 du Code civil, une autre personne par testament¹. A cet égard, l'adoption simple de l'enfant conjugué à une délégation partage de l'autorité parentale est susceptible de priver le mineur de sa mère biologique. La volition des parents aboutit à faire de l'enfant une victime potentielle de sa famille. C'est probablement pour cette raison que la Cour de cassation n'a pas validé ce procédé.

Le 20 février 2007, la Haute juridiction a approuvé une cour d'appel qui avait refusé l'adoption simple par une femme de l'enfant de sa partenaire et la délégation subséquente de l'autorité parentale². Pour la Cour de cassation, les magistrats du second degré ont retenu, à juste titre, que la mère biologique perdrait son autorité parentale sur ses enfants en cas d'adoption simple par sa compagne alors qu'il y a communauté de vie. Elle ajoute que la délégation de l'autorité parentale ne peut être demandée que si les circonstances l'exigent, ce qui n'est ni établi, ni allégué et qu'en l'espèce une telle délégation ou son partage sont, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption simple d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant. La délégation partage de l'autorité parentale a cependant été autorisée par la Cour de cassation dès lors qu'elle n'est pas en lien avec une adoption. En effet, dans ce cas, le mineur demeure dans sa famille biologique, nonobstant la volonté des adultes de concrétiser son appartenance à une famille homoparentale.

388. La délégation partage de l'autorité parentale en l'absence d'adoption simple de l'enfant. – La délégation partage de l'autorité parentale est une délégation volontaire. Elle opère un partage des prérogatives parentales entre le délégant et le délégataire. Cette délégation est organisée à l'article 377-1, alinéa deuxième du Code civil. Elle est obligatoirement volontaire et n'implique pas une limitation des prérogatives du délégant. Au contraire, elle organise un partage des prérogatives parentales entre le délégant, titulaire de l'autorité parentale, et le délégataire. Dans cette hypothèse, le but de la délégation partage « *est de permettre à des tiers d'obtenir la consécration juridique de rapports de fait qu'il entretient souvent déjà avec le mineur* »³. Cette technique a été utilisée par des couples pour lesquels l'adoption simple de l'enfant d'un de ses membres par l'autre n'était pas envisageable. Sont ainsi concernées des situations où la

¹ En ce sens : SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 223.62.

² Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 70.

³ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.221.

délégation a pour objet de consacrer « *le rôle d'un tiers dans la prise en charge de l'enfant, aux côtés de son parent* » et non « *de pallier ses défaillances* »¹. De ce point de vue, l'article 377-1 du Code civil pourrait régir la situation des couples homosexuels avec un enfant². Cette disposition ne consacrerait alors pas une homoparenté, mais une homoparentalité.

La délégation partage de l'autorité parentale peut être mise en œuvre pour « *les besoins de l'éducation de l'enfant* ». Ce partage de l'autorité parentale, en application de l'alinéa deuxième de l'article 377-1 du Code civil, devrait être plus aisé que la délégation « classique », prévue à l'alinéa premier de l'article 377 du Code civil, qui n'est possible que si « *les circonstances l'exigent* ». Les conditions de l'article 377-1, alinéa deuxième feraient donc l'objet d'une appréciation spécifique et autonome³. Le 24 février 2006, la Cour de cassation a admis que l'article 377, alinéa premier « *ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* »⁴. Ce faisant, la Haute juridiction ne fait pas une lecture autonome de l'alinéa deuxième de l'article 377-1. Elle indique précisément les conditions permettant de prononcer un partage de l'autorité parentale dans un contexte d'homoparentalité⁵. Elle relève que les enfants étaient épanouies, équilibrées et heureuses, bénéficiaient de l'amour, du respect, de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement. Elle ajoute que la relation entre la mère et la délégataire était stable depuis de nombreuses années, harmonieuse et fondée sur un respect de leur rôle auprès des enfants. Elle a également constaté que l'absence de filiation paternelle laissait craindre, en cas d'événement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, une impossibilité juridique pour la délégataire de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux des deux enfants. La délégation partage de l'autorité parentale était donc conforme à l'intérêt supérieur des enfants. Dans un arrêt du 5 mai 2006, la cour d'appel de Paris a suivi le même raisonnement de la Cour de cassation⁶. La juridiction du second degré a tout d'abord relevé que le délégant et le délégataire vivent une union stable et continue. Elle a ensuite indiqué que la

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.221.

² MONEGER (F.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Les couples homosexuels », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 15.

³ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 246. Voir également : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.221.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 101.

⁵ La Haute juridiction exige ainsi quatre conditions pour que la délégation partage à la compagne de la mère soit possible : le délégant est seul titulaire de l'autorité parentale, il vit avec le délégataire dans le cadre d'une union stable et continue, la délégation est conforme à l'intérêt de l'enfant et elle est justifiée par les circonstances.

⁶ CA Paris, 5 mai 2006, *AJ fam.*, 2006, p. 333, obs. CHENEDE (F.).

mère juridique, pour des raisons professionnelles, doit quitter régulièrement la France, ce qui l'empêche d'exercer son autorité parentale. Enfin, elle constate que la délégation est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, car le mineur « évoluait sur les plans moral, matériel et affectif, de façon structurée et satisfaisante dans le cadre familial composé par les deux requérantes ».

389. La consécration d'une homoparentalité à défaut d'une homoparenté. – Dans ces espèces, les magistrats ont fait abstraction de l'orientation sexuelle des membres du couple à l'origine de la délégation partage de l'autorité parentale. Ce qui importe est l'impact réel et positif joué par le parent homosexuel au profit duquel est accordée la délégation partage de l'autorité parentale. Le cadre juridique de la délégation de l'autorité parentale permet de concrétiser le rôle du délégataire dans l'éducation, la protection et la prise en charge du mineur¹, nonobstant l'impossibilité d'établir un lien de filiation adoptif, afin qu'il puisse poursuivre l'éducation de l'enfant en cas d'impossibilité pour le parent légal d'assumer son rôle. La décision du 24 février 2006² de la Cour de cassation a ainsi validé plusieurs décisions de juges du fond allant dans le même sens³. Cette solution a perduré par la suite. Le tribunal de grande instance de Paris a accordé une délégation partage de l'autorité parentale au profit d'une femme qui s'était profondément attachée à l'enfant de sa partenaire, et qui participait activement à la vie du mineur. Les juges du fond ont estimé, en raison de la configuration stable qui entoure l'enfant et de l'organisation de la vie quotidienne, qu'il est de l'intérêt du mineur que la requérante puisse être délégataire de l'autorité parentale afin d'être autorisée à intervenir en cas de besoin⁴. La délégation partage permet de consacrer l'existence d'un lien juridique entre le parent de fait et le mineur, bien que cela puisse conduire à une instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant.

b/ L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant

390. La confusion de l'homoparenté et de l'homoparentalité. – Le partage de l'autorité parentale peut profiter aux membres d'un couple homosexuel dont les enfants sont biologiquement rattachés à l'un d'entre eux, dès lors que la demande est fondée sur un projet

¹ D'une manière générale, cette situation correspond aux hypothèses de familles monoparentales dans laquelle intervient un nouveau conjoint, partenaire ou concubin dans le cadre d'une relation stable et continue.

² Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 101.

³ TGI Nice, JAF, 8 juillet 2003, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.) – TGI Nice, JAF, 7 avril 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.) – TGI Nice, JAF, 30 juin 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.) – TGI Agen, 17 février 2006, *RJPF*, 2006-11/43, obs. EUDIER (F.) ; *contra.* : TGI Paris, JAF, 2 avril 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.).

⁴ TGI Paris, JAF, 28 mars 2008, *AJ fam.*, 2008, p. 249, obs. CHENEDE (F.). Pour un couple homosexuel masculin : TGI Grenoble, JAF, 28 janvier 2008, *AJ fam.*, 2008, p. 476, obs. CHENEDE (F.).

commun. Le 11 décembre 2007, le tribunal de grande instance de Lille a ainsi accepté de faire droit à des demandes de délégation croisée de l'autorité parentale¹. Dans cette espèce, deux femmes liées par un PACS ont chacune bénéficié d'une PMA réalisée à l'étranger. Elles ont toutes deux donné naissance à un enfant dont la filiation n'est uniquement établie qu'à l'égard de l'une d'entre elles, en l'absence de filiation paternelle². Souhaitant exercer conjointement l'autorité parentale sur chacun des enfants, elles ont saisi le juge aux affaires familiales d'une double demande en délégation de l'autorité parentale sur le fondement des articles 377 et 377-1 du Code civil. En effet, elles s'occupent quotidiennement de l'un et l'autre des deux enfants³.

La reconnaissance corrélative d'une délégation partage de l'autorité parentale au profit de chacune des deux requérantes a permis de consacrer l'appartenance de chaque enfant à la famille, constituée des deux femmes et des enfants de chacune d'entre elles. Cette décision aboutit à une confusion entre parenté et parentalité⁴. En effet, juridiquement, il ne saurait y avoir une famille. L'usage linguistique courant désigne la famille comme « *l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun* »⁵. La famille peut donc être délimitée par l'ensemble des personnes unies par un lien de parenté⁶. Dans cette espèce, chaque femme n'a un lien de filiation établi qu'à l'égard d'un enfant. Chaque femme est à la fois la mère juridique d'un enfant, en raison de l'existence d'un lien de filiation, et la mère sociale d'un enfant, compte tenu de la délégation partage de l'autorité parentale. Il existe ainsi deux parentés distinctes, c'est-à-dire deux familles caractérisées par une femme et un enfant, que le PACS et les délégations croisées de l'autorité ont réuni pour former une famille de fait. Ce procédé a permis de satisfaire la volonté des deux requérantes de créer une cellule familiale reconnue puisque la parenté ne peut être déléguée, si ce n'est par l'adoption. Or, la délégation partage de l'autorité parentale ne peut pallier l'absence de filiation établie. L'utilisation de cet instrument démontre la volonté des deux femmes de s'approprier l'enfant de l'autre, afin de constituer une famille au sein de laquelle

¹ TGI Lille, JAF, 11 décembre 2007, *AJ fam.*, 2008, p. 119, obs. CHENEDE (F.) ; *RTD civ.*, 2008, p. 290, obs. HAUSER (J.). Décision censurée par : CA Douai, 11 décembre 2008, RG n° 08/00174 ; *Petites affiches*, 3 juin 2010, n° 110, p. 7, obs. POMART-NOMDEDEO (C.). Rejet du pourvoi : Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *Bull. civ. I*, n° 158.

² Chacune des partenaires est la mère d'un enfant et chacune d'elles a souhaité déléguer et partager son autorité parentale sur son enfant au profit de l'autre.

³ Pour faire droit à ces demandes croisées de délégation partage, le juge aux affaires familiales a relevé que les deux partenaires étaient les seules titulaires de l'autorité parentale sur leur enfant et qu'elles vivaient une union stable et continue. Il a mis en exergue des circonstances particulières de nature à justifier la délégation partage, car les deux femmes sont obligées de se déplacer régulièrement pour des raisons professionnelles. A cet égard, il a paru utile au magistrat d'anticiper les difficultés qui pourraient survenir en cas d'accidents ou d'indisponibilité du parent biologique de chaque enfant. Il a fait état du bien-être, de l'éducation, et de l'épanouissement des enfants auprès des deux femmes qui les prennent en charge conjointement dans leur intérêt. Il a ainsi estimé que la délégation partage de l'autorité parentale permettrait, à chacun des parents, de réaliser les différents actes de la vie courante en toute légalité.

⁴ En ce sens : FULCHIRON (H.), précité, *in* FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX ; EGEA (V.), *op. cit.*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2010, § 628.

⁵ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o famille.

⁶ GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013, p. 18.

chacune d'entre elles peut légalement assurer la direction de chaque mineur, alors qu'elles n'ont juridiquement un lien de filiation qu'à l'égard de l'un d'entre eux. Cette volition fait de l'enfant un objet de possession. Chaque femme souhaite en avoir l'exclusivité. Il est même permis de se demander si la délégation d'autorité parentale n'a pas été sollicitée dans l'intérêt du couple formé par les deux femmes, plutôt que dans l'intérêt supérieur des mineurs¹. En ce sens, la condition de l'article 377, alinéa premier du Code civil selon laquelle « *la délégation ne doit être prononcée que lorsque les circonstances l'exigent fait désormais l'objet d'un contrôle judiciaire limité quand la délégation partage est demandée dans le cadre d'un concubinage homosexuel* »². Pour Madame Claire NEIRINCK, les juridictions considèrent que la délégation partage est impérative dès lors que la mère juridique de l'enfant veut constituer une famille avec sa partenaire³.

391. L'éviction de la référence à l'indisponibilité professionnelle de la mère. – Le 18 septembre 2009, le tribunal de grande instance de Paris a accordé une délégation partage de l'autorité parentale à la partenaire de la mère en n'exigeant pas que soit rapportée la preuve d'une indisponibilité de celle-ci. Autrement dit, il n'est plus nécessaire de caractériser une circonstance particulière pour justifier le partage des prérogatives parentales⁴. Dans cette espèce, l'enfant, née d'une PMA réalisée à l'étranger, concrétisait le désir commun du couple. Elle n'avait donc de filiation établie qu'à l'égard de l'une des partenaires. Afin d'accorder le partage de l'autorité parentale, le juge relève que la compagne de la mère apparaît comme le second parent de fait de l'enfant, s'occupant au quotidien de ce dernier à l'égal de sa mère, prenant les décisions avec elle et pourvoyant à tous ses besoins, d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial. Il ajoute que l'intérêt de l'enfant justifie que la mineure, qui n'a pas de filiation paternelle établie, puisse bénéficier de la conjonction de deux parents également investis de l'autorité parentale. Cette décision démontre à nouveau qu'il existe une confusion entre la parenté et la parentalité. En effet, nonobstant « *les qualités personnelles des intéressées, une seconde "mère" ne peut remplacer un père, car deux femmes ne peuvent offrir à l'enfant le cadre parental lui indiquant son origine* »⁵. Il n'en demeure pas moins que d'autres juridictions ont postérieurement pris en compte le projet parental commun, le contexte homoparental et l'absence de filiation paternelle pour autoriser la délégation

¹ En ce sens : HAUSER (J.), « Délégation croisée d'autorité parentale dans un couple homosexuel : une simple présomption de pouvoirs ? (TGI Lille, ord. JAF, 11 déc. 2007, D. 2008. 292 ; AJ fam. 2008. 119, obs. Chénéde) », *RTD civ.*, 2008, p. 290.

² NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 31.

³ NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 31.

⁴ TGI Paris, JAF, 18 septembre 2009, *AJ fam.*, 2009, p. 490, obs. CHENEDE (F.). Voir également : TGI Paris, JAF, 23 octobre 2009, RG n° 09/34720.

⁵ MIRKOVIC (A.), précité, *AJ fam.*, 2011, p. 605. En ce sens : FULCHIRON (H.), précité, *in* FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

partage de l'autorité parentale en abandonnant l'exigence de circonstances exceptionnelles¹. Elles ont juridiquement consacré l'existence d'une famille homoparentale. Le tribunal de grande instance de Créteil a même été plus loin en prononçant deux délégations croisées d'autorité parentale sans caractériser l'indisponibilité professionnelle de la mère². Le positionnement de ces différentes juridictions semble montrer qu'elles ont pris la mesure de la nécessité de protéger un enfant élevé par un couple homosexuel. Elles considèrent que le seul fait pour l'enfant de n'avoir de filiation établie qu'à l'égard de la mère justifie la délégation partage de l'autorité parentale, sans qu'il soit besoin de démontrer une réelle indisponibilité de la mère pour des raisons professionnelles³. Au demeurant, la délégation partage des prérogatives parentales tend davantage à montrer que l'enfant est aussi celui de la mère qui n'a pas de filiation établie à son égard. Elle est utilisée afin de consacrer l'appartenance de l'enfant au couple de même sexe alors qu'il n'existe qu'un seul lien de parenté. Ainsi, une délégation partage de l'autorité parentale a encore pu être accordée en l'absence de circonstances particulières. Le tribunal de grande instance de Paris a considéré que la partenaire pacsée, bien que n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant, n'en constituait pas moins pour la mineure un référent affectif incontestable et qu'elle était appelée à gérer également le quotidien de l'enfant⁴. C'est la raison pour laquelle le partage des prérogatives parentales a été autorisé alors que les requérantes ne justifiaient pas d'un empêchement particulier de la mère dans l'exercice de ses fonctions. La juridiction de première instance a par ailleurs précisé qu'il est de l'intérêt de l'enfant que sa situation juridique soit en adéquation avec sa situation affective et matérielle. Ce faisant, le juge aux affaires familiales a consacré en droit l'appartenance de l'enfant à la mère qui n'avait pas de lien de parenté avec l'enfant. De ce point de vue, la délégation partage de l'autorité parentale à la compagne de la mère peut être perçue comme une fiction juridique. Elle permet de faire comme si l'enfant est celui de la femme qui n'a pas de filiation maternelle établie. C'est également la position du juge

¹ CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 10/21032 ; *RJPF*, 2012-1/45, obs. EUDIER (F.) – CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 10/22338 ; *RJPF*, 2012-1/45, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.) – TGI Nanterre, JAF, 30 août 2011, RG n° 11/04363 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.) – TGI Paris, JAF, 23 septembre 2011, RG n° 11/35995 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.) – TGI Paris, JAF, 14 octobre 2011, RG n° 11/35997 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.) – CA Paris, 20 octobre 2011, RG n° 11/04042 ; *RJPF*, 2012-1/45, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.) – TGI Bayonne, JAF, 26 octobre 2011, RG n° 11/00950 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.) – TGI Paris, JAF, 21 septembre 2012, RG n° 11/44249 ; *AJ fam.*, 2012, p. 550, obs. SIFFREIN-BLANC (C.) – TGI Nanterre, JAF, 19 février 2013, RG n° 12/02486. Pour une décision implicite : CA Paris, 20 octobre 2011, RG n° 10/11743 ; *RJPF*, 2012-1/43, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).
² TGI Créteil, JAF, 24 mars 2011, RG n° 10/06078 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.) – TGI Créteil, JAF, 24 mars 2011, RG n° 10/06079 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.). Voir également : CA Paris, 30 janvier 2014, RG n° 13/22198 – CA Paris, 30 janvier 2014, RG n° 13/22199.

³ Cette position des juges du fond n'est pas unanime. En effet, la cour d'appel d'Agen a pris en compte, outre la réalité de la prise en charge partagée de l'enfant et l'existence d'une vie commune stable depuis plusieurs années, l'indisponibilité professionnelle de la mère ainsi que la qualité des liens entre l'enfant et la partenaire qui s'en occupe comme une seconde mère (CA Agen, 2 février 2012, Jurisdata n° 2012-002007).

⁴ TGI Paris, JAF, 21 septembre 2012, RG n° 11/44249 ; *AJ fam.*, 2012, p. 550, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

aux affaires familiales de Bayonne, lequel a déclaré qu'il est « *de l'intérêt des deux mineures que les deux adultes présentes au foyer partagent cette autorité parentale et que celle-ci étant exercée déjà de fait conjointement, cette situation doit être juridiquement consacrée* »¹. Ces éléments permettent de démontrer que l'enfant est un objet de possession en raison de la volition du couple homosexuel de manifester l'appartenance du mineur à leur égard. Cette situation se rencontre également lorsque le père de l'enfant est évincé au profit de la compagne de la mère.

392. L'effacement du père au profit de la compagne de la mère. – Dans les couples homosexuels, il est fréquent que l'enfant n'ait qu'un parent légal². La mère de l'enfant peut ainsi consentir à la délégation partage de l'autorité parentale au profit de sa compagne qui n'a pas de lien de filiation établi. Pour autant, il est possible que l'enfant possède une double filiation tant maternelle que paternelle. Dans ce cas, il est nécessaire que le père consente à la délégation partage de l'autorité parentale au profit du tiers appelé à jouer un rôle au côté de l'enfant³. Son refus au partage des prérogatives parentales peut dès lors faire obstacle à la reconnaissance de l'homoparentalité de la compagne de la mère. C'est une situation similaire qu'a été amené à juger le tribunal de grande instance de Metz.

Le 15 janvier 2010⁴, le juge aux affaires familiales a décidé que l'autorité parentale serait exercée à titre exclusif par la mère de deux enfants, au regard de leur intérêt supérieur, en raison de l'absence de vie commune entre les parents⁵, à l'intention du père de ne pas participer aux décisions relatives aux enfants⁶, et au « *projet parental* » envisagé par la mère des enfants et sa compagne. La mère et le père avaient saisi conjointement le magistrat en vue qu'il prononce un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Or, cette autorité n'est pas disponible. En principe, c'est le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit fonder la décision du juge et non l'accord des parents. Plusieurs décisions ont ainsi refusé d'attribuer l'exclusivité de l'exercice de l'autorité parentale à la mère conformément à l'accord des parents, dès lors qu'il ne correspond pas à l'intérêt supérieur de l'enfant⁷. Le juge aux affaires familiales de Metz a bien fait référence à cet intérêt dans son jugement, mais il est permis de se demander s'il ne s'est pas uniquement référé à la volonté des parents. L'octroi d'un droit de visite et d'hébergement, mis en œuvre à l'amiable

¹ TGI Bayonne, JAF, 26 octobre 2011, RG n° 11/00950 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).

² CORPART (I.), « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF*, 2012-4/7.

³ *Infra.* § 394.

⁴ TGI Metz, JAF, 15 janvier 2010, RG n° 09/04017 ; *RJPF*, 2011-5/36, obs. EUDIER (F.).

⁵ La mère vit effectivement depuis longtemps avec sa compagne.

⁶ Ce qui semble contradictoire avec le fait qu'il a reconnu les deux enfants.

⁷ CA Paris, 10 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-263748 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 101, obs. MURAT (P.) – CA Metz, 11 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-264375 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 101, obs. MURAT (P.).

entre les deux parents, semble confirmer cette idée. L'épanouissement et le développement harmonieux de l'enfant ne supposait-il pas que celui-ci tisse des liens étroits avec chacun de ses parents¹, notamment par l'exercice effectif de son autorité par le père ? Quoiqu'il en soit, cette décision de la juridiction de première instance de Metz est la première phase d'un montage juridique consistant à évincer le père de l'éducation des enfants. En effet, celui-ci n'exerçant plus l'autorité parentale, il n'est plus en mesure de consentir à une délégation de ses prérogatives. Le tribunal de grande instance de Metz a ensuite accordé une délégation partage de l'autorité parentale au profit de la compagne de la mère². L'éviction du père a permis à la concubine de prendre en droit la place qu'elle occupe en fait dans la vie des enfants. Le juge aux affaires familiales, pour accorder le partage de l'autorité parentale, n'a pas recherché s'il existait des circonstances particulières. Il a simplement relevé la stabilité du couple, le rôle important joué par la compagne de la mère dans la vie des enfants, dont l'intérêt supérieur justifie qu'elle puisse assurer leur prise en charge en cas de défaillance de leur mère. Au demeurant, c'est au père qu'il revient d'assurer l'éducation et la protection des enfants dans cette situation et non à un tiers³. Ce mécanisme a conduit à écarter le père des enfants afin de satisfaire les revendications du couple homosexuel. La reconnaissance de cette homoparentalité paraît davantage avoir été réalisée dans l'intérêt des adultes que dans celui des enfants. C'est encore le cas lorsque la famille homosexuelle n'existe plus en raison de la désunion conjugale à l'origine de sa formation.

393. La décomposition de la famille homosexuelle. – Le 18 décembre 2007, le tribunal de grande instance de Lille a admis une délégation partage de l'autorité parentale après la séparation d'un couple de même sexe⁴. Ce jugement permet de mettre en évidence les querelles qui pourraient exister à propos de l'enfant en cas de dissolution du couple homosexuel. Sachant qu'il n'existe qu'un seul parent légal du mineur, les articles 372 et 373-2 du Code civil ne sont pas applicables. La mère sociale ne jouit d'aucun titre à l'égard de l'enfant qu'elle élève⁵.

¹ CA Lyon, 5 mars 2012, RG n° 10/08705 (l'exercice exclusif de l'autorité parentale a été refusé pour cette raison).

² TGI Metz, JAF, 23 avril 2010, RG n° 09/04017 ; *RJPF*, 2011-5/36, obs. EUDIER (F.).

³ Le juge aux affaires familiales a cependant refusé de confier les enfants à la compagne de la mère en cas de décès de celle-ci, car les circonstances exceptionnelles de l'article 373-3 du Code civil n'étaient pas démontrées. Il lui paraît préférable de recourir à une tutelle ou à une adoption. Or, l'alinéa premier de ce texte énonce que « *la séparation des parents ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui* ». Par conséquent, si la mère décède, seul le père exercera l'autorité parentale (art. 373-1 C. civ.), et il est permis de penser que la délégation partage ne produira plus ses effets. Dans ce cas, sur quel fondement justifier l'ouverture d'une tutelle. Les deux parents ne sont pas décédés et le père a retrouvé l'exercice de son autorité (art. 390, al. 1^{er} C. civ.). Seule l'adoption pourrait être envisagée, encore faut-il que le père y consente.

⁴ TGI Lille, JAF, 18 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-355272 ; *Dr. famille*, 2008, comm. n° 58, obs. MURAT (P.).

⁵ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832 précité*, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 164.

L'autorité parentale n'est détenue que par l'un des membres du couple. Il faut donc que le parent de l'enfant consente à déléguer et à partager ses prérogatives avec son ancien partenaire ou concubin. Une sorte d'exercice conjoint de l'autorité parentale sera alors mise en place. Cette possibilité ne sera pas toujours possible, ce qui pourrait justifier l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement au profit de l'ancien membre du couple, considéré comme un tiers envers l'enfant¹. La cour d'appel de Paris a également accepté une délégation partage de l'autorité parentale afin que ce cadre juridique puisse permettre, dans l'intérêt supérieur des enfants, à la délégataire de continuer à exercer le rôle éducatif qu'elle a toujours joué auprès des mineurs².

Dans ces espèces, la délégation partage n'est pas utilisée pour permettre la reconnaissance d'une famille homoparentale. Elle est un outil juridique qui permet de consacrer l'appartenance d'un enfant à un parent homosexuel qui l'a élevé, mais qui n'a aucun lien de parenté à l'égard de ce dernier. Le mineur est un objet de possession qui permet à une personne de conserver le rôle éducatif qu'elle avait pu précédemment jouer auprès de l'enfant. Ainsi, une délégation partage de l'autorité parentale a été admise après le décès de la concubine, mère de l'enfant, au profit de la compagne. La cour d'appel a relevé que les enfants résidaient depuis le décès de leur mère au domicile de la personne qui avait été désignée par cette dernière pour les prendre en charge en cas de décès. Elle considère que les enfants entretenaient des liens de proximité et d'affection avec cette personne qui faisait partie de leur vie depuis leur plus jeune âge. Elle estime enfin que la situation des enfants auprès de l'ancienne compagne de la mère, dotée de capacités éducatives et affectives, constituait un repère stable. Le père des enfants pouvait donc valablement consentir à la délégation partage, celle-ci étant justifiée par les circonstances et conforme à l'intérêt des enfants³. A nouveau, le partage des prérogatives parentales, par la création d'un lien juridique, a permis de concrétiser l'appartenance des enfants à la mère de fait. A cet égard, le tribunal de grande instance de Nanterre a pu considérer que la séparation du « couple conjugal » est sans incidence sur la délégation partage de l'autorité parentale, dès lors que l'enfant est le résultat d'un projet commun que les deux femmes assumaient ensemble tant sur le plan affectif et matériel, et qu'elles doivent continuer à assumer dans l'intérêt de l'enfant malgré la séparation⁴. Cela signifie que les vicissitudes de la vie d'un couple homosexuel ne doivent pas impacter les liens de parentalité qui ont été créés avec l'enfant⁵.

¹ *Infra.* § 423.

² CA Paris, 1^{er} décembre 2011, RG n° 11/06495 ; *RJPF*, 2012-5/29, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2012, p. 146, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

³ Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, *Bull. civ.* I, n° 106.

⁴ TGI Nanterre, JAF, 14 décembre 2010, *AJ fam.*, 2011, p. 426, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

⁵ Une juridiction a même mis en place une résidence alternée des enfants après la séparation du couple homosexuel (TGI Annecy, JAF, 1^{er} juillet 2010, RG n° 09/02356 ; *AJ fam.*, 2010, p. 435).

394. L'existence d'un projet parental commun à trois personnes. – Le 22 février 2013, le tribunal de grande instance de Paris a fait droit à la requête conjointe de parents d'un enfant, qui ont demandé que l'exercice de leur autorité parentale soit délégué et partagé à la compagne de la mère¹. Une délégation partage de l'autorité parentale entre un père et un couple de même sexe, dont l'une des femmes est la mère, a été autorisée par le juge aux affaires familiales. Ce faisant, le magistrat semble s'éloigner des conditions posées par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 février 2006². En effet, la filiation de l'enfant était établie à l'égard de son père et de sa mère, tous les deux cotitulaires de l'autorité parentale³. L'existence d'une filiation paternelle ne fait donc pas obstacle au partage de l'autorité parentale. Cela montre que cet outil n'a pas pour seul objet de pallier l'absence de filiation paternelle, ce d'autant plus qu'en principe, une mère ne peut pas remplacer un père⁴. Si l'existence d'une union stable et continue entre les deux femmes est démontrée, l'exigence de circonstances particulières justifiant la délégation semble faire défaut. En réalité, cette décision s'inscrit dans un ensemble jurisprudentiel⁵ considérant qu'il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de l'indisponibilité de la mère. Le magistrat ne fait pas référence à d'éventuels déplacements professionnels de la mère pour autoriser le partage des prérogatives parentales. Il considère que les « *circonstances de l'espèce le justifient* ». A ce sujet, il relève que l'enfant est le fruit d'un projet parental à trois unissant les parents délégués à la délégataire. Il ajoute que l'enfant vit depuis sa naissance avec sa mère et sa compagne, que le père bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement. Par conséquent, il estime que la délégation va permettre de « *faciliter la vie quotidienne et répondre à toutes circonstances imprévisibles de la vie, en conformité avec la réalité affective et matérielle* ».

Cette décision consacre l'existence d'une homoparentalité au profit de la compagne de la mère. De ce point de vue, l'enfant a trois parents. Il est uni à son père et à sa mère par un lien de filiation, tandis que la délégation partage consacre juridiquement l'existence d'une relation duale et privilégiée avec la compagne de sa mère, autrement dit une parentalité. Il appartient ainsi à ses parents de droit et à sa mère de fait, étant donné que la délégation partage sert de support de rattachement du mineur à la compagne de sa mère. Il est un objet de possession à son égard. La multiplication des liens avec l'enfant pose la question de l'exercice de l'autorité parentale⁶,

¹ TGI Paris, JAF, 22 février 2013 ; *AJ fam.*, 2013, p. 232, obs. GALLMEISTER (I.).

² Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, *Bull. civ.* I, n° 101.

³ Ce point ne posait pas de difficultés puisque les deux parents étaient d'accord pour partager leur autorité.

⁴ MIRKOVIC (A.), précité, *AJ fam.*, 2011, p. 605. En ce sens : FULCHIRON (H.), précité, *in* FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.

⁵ *Supra*. § 391.

⁶ En effet, de quelle manière les prérogatives parentales seront-elles exercées ? Les trois « parents » seront-ils toujours d'accord sur les mesures à prendre pour l'enfant ? N'existe-t-il pas un risque de conflit entre les adultes préjudiciable à l'intérêt supérieur du mineur ?

laquelle n'est plus assise sur le lien de filiation¹. La reconnaissance de l'homoparentalité porte en elle le risque de vider *de facto* l'autorité parentale de sa substance², ce qui ferait de l'enfant une victime de sa famille puisque sa direction et sa protection ne seraient potentiellement plus assurées. En outre, l'admission de cet accord de volonté entre le père, la mère et la mère sociale est susceptible de consacrer un « droit à l'enfant » pour les couples homosexuels³. Il permet le rattachement familial de l'enfant à la compagne de la mère par la concrétisation juridique de nouveaux comportements, lesquels reposent en réalité sur un aménagement privé de l'autorité parentale. Cette interprétation libérale de la jurisprudence de la Cour de cassation de 2006 semble également en contradiction avec la position qu'elle a adoptée en 2010.

c/ Le détournement de la délégation partage de l'autorité parentale

395. Le caractère d'ordre public de l'autorité parentale réaffirmé par la Cour de cassation⁴. – Dans sa décision du 24 février 2006⁵, la Cour de cassation, afin de satisfaire les revendications des couples homosexuels, « a renoncé à imposer le caractère d'ordre public de l'autorité parentale en acceptant qu'elle soit déléguée à un proche sans que “les circonstances l'exigent” »⁶. La cour d'appel de Douai, le 11 décembre 2008, n'a pas suivi la position de la Haute juridiction⁷. Elle a jugé que la délégation partage de l'autorité parentale, qui aboutit à un abandon de tout ou partie des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, ne peut intervenir pour des raisons de simple commodité, mais pour des motifs d'une certaine gravité. Elle a ajouté que la délégation doit présenter un caractère indispensable et répondre à l'intérêt de l'enfant⁸. La délégation partage de l'autorité parentale ne doit pas être utilisée pour satisfaire les

¹ Sur les conséquences possibles d'un projet parental commun à trois personnes sur la filiation de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale : CA Montpellier, 10 février 2004, Jurisdata n° 2004-238097 (dans cette espèce, au regard de l'intérêt de l'enfant, les magistrats n'ont pas accordé au père l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant qu'il a reconnu plus d'un an après la naissance, alors qu'une action en contestation de paternité a été engagée, que les parents s'opposent sur la filiation de l'enfant ; la mère le prétend issu d'une insémination artificielle faite dans la perspective d'avoir un enfant avec la compagne avec laquelle elle vivait à l'époque ; le père prétend quant à lui que son comportement s'inscrivait dans un projet commun destiné à permettre une nouvelle maternité au profit d'une femme avec laquelle il militait au sein d'une association de parents gays et lesbiens).

² MILLET (F.), précité, *DeFrénois*, 2005, art. 38153, p. 743.

³ En ce sens : MURAT (P.), « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : Economica, 2001, p. 133.

⁴ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2010, p. 1128.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 101.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143.

⁷ CA Douai, 11 décembre 2008, RG n° 08/00174 ; *Petites affiches*, 3 juin 2010, n° 110, p. 7, obs. POMART-NOMDEDEO (C.).

⁸ La juridiction d'appel a rejeté la demande de mise en place d'un exercice conjoint de l'autorité parentale sur chacun des deux enfants, dont les mères respectives vivent en couple, par le biais d'une délégation croisée de cette autorité parentale. Les magistrats estiment que les requérantes ne rapportent pas la preuve de circonstances particulières,

revendications des couples homosexuels souhaitant établir un lien juridique avec l'enfant. Cet arrêt de la juridiction douaisienne a été approuvé par la première chambre civile de la Cour de cassation. Le 8 juillet 2010, la Haute juridiction a affirmé que « *si l'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* »¹. La délégation de l'alinéa premier de l'article 377 du Code civil ne peut « *servir de support de droit commun au rattachement de l'enfant à son beau-parent* »². La motivation de la Cour de cassation est identique à celle utilisée en 2006³. Néanmoins, les circonstances de l'espèce de 2010 semblent démontrer que la délégation partage n'est envisageable que s'il existe une « *circonstance particulière qui augmente le risque de défaillance parentale* »⁴. Or, ce risque n'était « *qu'hypothétique et semblable à celui auquel se trouvait confronté tout parent qui exerçait seul l'autorité parentale* ». La Haute juridiction reprend également à son compte le second argument développé par la cour d'appel de Douai selon lequel les deux partenaires pacsées « *ne démontraient pas en quoi l'intérêt supérieur des enfants exigeait que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé entre elles et permettrait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection quand les attestations établissaient que les enfants étaient épanouis* ». Dès lors, « *ce n'est que dans des situations exceptionnelles [...] que l'intérêt de l'enfant pourrait nécessiter qu'il soit juridiquement rattaché à la compagne de la sa mère* »⁵.

Le rattachement juridique de l'enfant à la partenaire de la mère n'est pas justifié au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors que la famille ne rencontre aucune difficulté particulière. Il n'est donc pas utile de consacrer juridiquement la situation familiale en faisant droit aux revendications du couple de même sexe⁶. Les volontés individuelles des deux femmes ne peuvent occulter le caractère d'ordre public de l'autorité parentale, qui ne peut faire l'objet

l'éloignement professionnel n'ayant rien d'exceptionnel dans notre société et le risque d'accident étant un élément hypothétique, ni n'expliquent en quoi une telle mesure permettrait aux enfants, « *et non aux mères, puisqu'il n'est ici question que de l'intérêt de l'enfant* », d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *Bull. civ. I*, n° 158. Pour une application concrète : CA Rennes, 24 mai 2013, RG n° 13/00037.

² GOUTTENOIRE (A.), « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale, note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623, FS P+B+I : Jurisdata n° 2010-011139 », *JCP G.*, 2010, note 994.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 101.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, note 994.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, note 994. Dans le même sens : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2010, p. 1128.

⁶ Selon Madame Adeline GOUTTENOIRE, cette solution est critiquable car « *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* » (GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2010, note 994).

d'aucune cession ou de renonciation¹. La Cour de cassation estime que le fait pour une femme homosexuelle d'exercer seule l'autorité parentale et de souhaiter légitimement donner à sa compagne, qui s'occupe quotidiennement de l'enfant, le pouvoir d'accomplir certains actes de l'autorité parentale n'est pas suffisant pour justifier un partage des prérogatives parentales. L'intérêt de l'enfant ne peut justifier une contractualisation de l'exercice de l'autorité parentale, ce d'autant plus que la délégation partage n'a pas pour objet de créer un lien juridique entre un tiers et un enfant. C'est un outil qui permet d'aider et d'assister les parents aux prises avec des difficultés lorsqu'ils sollicitent eux-mêmes cette mesure². Les juridictions du fond n'ont pas suivi le raisonnement adopté par la Cour de cassation dans cet arrêt du 8 juillet 2010³. Au contraire, elles ont évincé la condition relative à l'indisponibilité de la mère afin de garantir « *la primauté de la dimension affective* »⁴, ce qui a permis aux couples homosexuels d'instrumentaliser l'intérêt de l'enfant pour satisfaire leurs revendications⁵. La délégation partage de l'autorité parentale a été détournée de son objet. En effet, elle est parfois la conséquence d'un détournement de la loi.

396. L'invocation d'un détournement de la loi. – A l'origine de la délégation partage de l'autorité parentale, il est possible d'identifier une PMA réalisée par l'une des femmes du couple homosexuel à l'étranger. Il serait ainsi mis en évidence un détournement de la loi, voire une fraude à la loi. Dans au moins deux espèces étudiées, les femmes avaient eu recours à une PMA à l'étranger. Ce fut le cas dans l'espèce jugée par le tribunal de grande instance de Lille le 11 décembre 2007⁶ et dans celle étudiée par le tribunal de la grande instance de Paris le 18 septembre 2009⁷. Dans l'affaire soumise à la juridiction lilloise, le ministère public s'était opposé aux demandes de délégation croisée de l'autorité parentale. Il soutenait notamment que l'invocation de la loi française pour obtenir la délégation d'autorité parentale était « paradoxale ». En effet, les concubines, ne pouvant bénéficier légalement de la PMA en France, avaient détourné la loi française en obtenant cette procréation en Belgique. Le procureur de la République mettait en doute la légitimité, voire la légalité, de la démarche des deux requérantes en raison du détournement de la loi. Celles-ci s'étant délibérément soustraites à l'application de la loi française, elles ne pouvaient solliciter des juridictions françaises une reconnaissance et l'organisation juridique de la situation illégalement créée. Le juge aux affaires familiales n'a pas

¹ Art. 376 C. civ.

² MURAT (P.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *Bull. civ.* I, n° 158.

⁴ EGEA (V.), *op. cit.*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2010, § 629.

⁵ *Supra*. § 390.

⁶ TGI Lille, JAF, 11 décembre 2007, *AJ fam.*, 2008, p. 119, obs. CHENEDE (F.) ; *RTD civ.*, 2008, p. 290, obs. HAUSER (J.).

⁷ TGI Paris, JAF, 18 septembre 2009, *AJ fam.*, 2009, p. 490, obs. CHENEDE (F.).

pris en considération cet argument qui consistait à invoquer une fraude à la loi. Il justifie sa position par le fait que les deux femmes ont respecté la loi belge, et que les enfants, nés en France, étaient français et pouvaient bénéficier de la loi française qui autorise la délégation d'autorité parentale. Dès lors, les femmes, se rendant à l'étranger pour bénéficier d'une PMA, obtiennent en France la reconnaissance juridique d'une situation qu'elles n'auraient pas pu créer en droit interne puisqu'elles n'ont pas accès aux techniques d'AMP. Le magistrat lillois a par ailleurs clairement mis en évidence la possibilité pour un couple d'homosexuel d'éluder la loi française pour ensuite la solliciter dans leur intérêt¹. Il est néanmoins probable que l'existence d'une fraude à la loi ne soit plus invoquée compte tenu des avis de la Cour de cassation², sauf à considérer que la délégation partage de l'autorité parentale ait été détournée de sa finalité. En effet, elle peut constituer la dernière étape d'un montage juridique d'ensemble permettant à un couple homosexuel d'accueillir à son foyer un enfant conçu par AMP à l'étranger, celle-ci étant réservée en France aux couples hétérosexuels. La délégation partage serait instrumentalisée *a posteriori* afin d'obtenir la régularisation d'une situation juridique qu'il n'est pas possible de créer en France, compte tenu des conditions d'accès à la PMA.

§ 2/ L'emprise des volontés familiales sur l'enfant

397. L'enfant revendiqué. – La volonté des couples homosexuels de voir consacrer une homoparenté, et à défaut une homoparentalité, démontre leur volonté d'affirmer l'appartenance de l'enfant à leur famille. Cette volition « *relève du désir de voir revêtir d'une consécration officielle des situations de fait* »³. Elle traduit également leur souhait de disposer officiellement d'une part d'autorité parentale sur l'enfant, ce qui montre encore que l'enfant est un objet de possession. L'enfant est revendiqué afin que son appartenance à une famille homosexuelle soit identifiée. Cette manifestation de l'enfant objet de possession n'est pas unique. Il existe des situations où les parents désirent identifier l'enfant comme marqueur d'une intégration familiale⁴. La volonté des père et mère dans l'identification de l'enfant (A) est une représentation de l'enfant objet possession, car l'identité que les parents choisissent pour l'enfant démontre que celui-ci appartient en propre à la famille. Pour autant, il est possible que d'autres personnes revendiquent l'exclusivité d'un lien avec l'enfant. Ce pose alors la question des relations de l'enfant avec des

¹ En ce sens : CHENEDE (F.), « Délégation conjointe d'autorité parentale : nouvelle application, obs. sous TGI Paris, JAF, 18 septembre 2009 », *AJ fam.*, 2009, p. 490. Dans le même sens : FULCHIRON (H.), « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur "l'homoparentalité" », *AJ fam.*, 2006, p. 392.

² Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007 ; *supra*. § 317.

³ MILLET (F.), précité, *Defrénois*, 2005, art. 38153, p. 743.

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 59.

tiers. En effet, la loi reconnaît à certaines personnes le droit d'entretenir des relations avec l'enfant, bien que les parents puissent s'y opposer. Ce conflit matérialise la volition d'un tiers qui aspire à avoir un lien avec l'enfant afin de profiter de ce dernier. Le tiers désire posséder le privilège d'une relation avec l'enfant, nonobstant le désaccord des père et mère (B).

A/ L'identification de l'enfant

398. Volonté individuelle et ordre public. – L'accès à la vie juridique de l'enfant lui permet d'obtenir un état civil c'est-à-dire une situation dans la famille et dans la société¹. Cela suppose que ses auteurs le désignent exactement afin de l'identifier au sein de la cellule familiale. Cette identification dépend de la volonté des parents². L'enfant portera le nom de famille de ses père et mère, ce qui traduit son appartenance à un groupe familial, ainsi qu'un prénom, élément d'individualisation du mineur au sein de la famille. Le nom de famille est « *devenu une institution de police civile, mise en place et réglementée par l'Etat pour des raisons tenant à la nécessité d'identifier les sujets de droits* »³. La prise en compte des libertés individuelles a entraîné un recul de l'ordre public dans l'attribution du nom. Désormais, les parents disposent d'une certaine liberté dans le choix du nom (1), ce d'autant plus que la question du nom est un enjeu de la transmission entre générations⁴. Cette idée se retrouve avec le prénom qui ne joue pas qu'un rôle privé⁵. C'est un signe distinctif qui permet à l'enfant de se construire une identité. Il doit lui permettre de s'épanouir et de se développer positivement. Il ne doit pas constituer un handicap pour l'enfant. La volonté des parents de le distinguer ne doit pas se faire dans l'excentricité (2).

1/ Le nom de famille de l'enfant

399. La simplicité de l'attribution du nom de famille de l'enfant. – La filiation détermine l'attribution légale du nom de famille. L'enfant porte effectivement le nom de ses parents. Pendant longtemps, le nom porté par un enfant était nécessairement celui de son père. A sa naissance, le mineur acquérait *ipso jure* un patronyme, c'est-à-dire le nom de son père. Cet usage s'est progressivement imposé entre le XII^{ème} et le XV^{ème} siècle avec la révolution

¹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o état civil.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 59.

³ BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 187.

⁴ GOBERT (M.), « La question du nom », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 79.

⁵ *Contra.* NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 59.

onomastique qui s'est produite au Moyen-Age¹. Le développement du christianisme a d'abord conduit à choisir pour l'enfant le nom du saint sous la protection duquel il était placé au moment de son baptême. L'enfant avait alors nom un baptême. L'habitude a ensuite été prise d'adjoindre à ce nom le surnom de son père, ce qui a permis de faire du surnom du père le nom de famille. C'est au XIV^{ème} siècle que cet usage obtient un caractère héréditaire, puisque le nom de famille se transmet de père en fils. Le patronyme traduit ainsi l'appartenance du mineur à la famille. « *Les aspirations modernes à l'égalité entre les hommes et les femmes dans la transmission du nom de famille* »² ont cependant entraîné une modification des règles gouvernant la dévolution du nom. Avec la loi du 4 mars 2002³, le législateur a mis fin au principe de la dévolution automatique du patronyme. Il a offert aux parents la possibilité de choisir le nom de famille de l'enfant.

400. La complexité de l'attribution du nom de famille de l'enfant. – La réforme destinée à accorder aux parents la possibilité de choisir le nom de leur enfant n'est entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2005⁴. Elle n'est pas applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur, mais cette règle a fait l'objet d'une dérogation. Le législateur a mis en place une sorte de rétroactivité limitée pour les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la réforme. Il était possible d'adjoindre, en deuxième position, le nom du parent qui n'avait pas pu transmettre le sien⁵. Le dispositif a ensuite été modifié à trois reprises⁶. Dès lors, coexistent aujourd'hui deux régimes de dévolution du nom de famille. Seul celui applicable aux enfants nés après le 1^{er} janvier 2005

¹ MALAURIE (P.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014, § 118. Voir également : BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 185.

² BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 189.

³ L. n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JO*, 5 mars 2002, p. 4159.

⁴ L. n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, *JO*, 19 juin 2003, p. 10240, art. 1^{er}.

⁵ Trois conditions étaient nécessaires. Cette possibilité n'a été ouverte que pendant un délai de dix-huit mois suivant l'entrée en vigueur de la réforme. Cette faculté ne pouvait plus être utilisée après le 1^{er} juillet 2006. Les parents exerçant l'autorité parentale devaient procéder à une déclaration conjointe à l'officier de l'état civil. L'enfant intéressé devait être âgé de moins de treize ans au 1^{er} septembre 2003 ou à la date de la déclaration. S'il avait plus de treize ans, son consentement était nécessaire, mais il devait avoir fêté son treizième anniversaire entre le 1^{er} septembre 2003 et le jour où la déclaration a été faite. Enfin, en cas de fratrie, la modification s'étendait à tous les enfants. La Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé que n'étaient pas contraires aux articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales les dispositions transitoires de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 modifiée et complétée par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative au nom de famille de l'enfant. Elle a jugé que « *la différence de traitement dont les requérants ont fait l'objet était raisonnablement et objectivement justifiée par la nécessité d'assurer la transition dans le temps de l'évolution des règles de dévolution du nom de famille, et par la légitimité du choix de tenir compte du respect dû aux principes de sécurité juridique et d'immutabilité du nom, en décidant de ne pas en faire bénéficier les enfants nés avant l'entrée en vigueur des lois de 2002 et 2003 et ayant plus de 13 ans au 1^{er} septembre 2003* » (Cour EDH, 27 août 2013, *De Ram c/ France*, req. n° 38275/10, décision d'irrecevabilité, § 26).

⁶ Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO*, 6 juillet 2005, p. 11159 ; L. n° 2009-61 précitée ; L. n° 2013-404 précitée.

permet aux parents d'exercer un choix¹. En effet, si le nom de famille de l'enfant se transmet par l'hérédité, il dépend désormais de la volonté des parents² qui pourront déterminer l'appartenance du mineur à la famille. Le nom oscille entre des volontés individuelles et des affections personnelles. Il permet aux individus de le faire coïncider avec leurs inclinations pour ensuite les révéler publiquement³. Le droit d'option des père et mère est toutefois encadré par la loi (a), mais les règles relatives à la dévolution du nom sont susceptibles d'accorder une prééminence à la volition maternelle (b). « Avec les règles actuelles, la mère, qui dispose d'un avantage certain dans l'établissement de la filiation, est également investie de la maîtrise totale de la dévolution du nom à l'enfant »⁴, ce qui n'est pas sans créer des risques de discordes familiales⁵.

a/ Un droit d'option encadré

401. L'étendue du choix des parents. – Si l'opportunité d'une réforme des règles relatives à la dévolution du nom de famille a pu être discutée⁶, il est nécessaire de constater qu'elle laisse une place importante à la liberté de choix des parents⁷. Le rapport de 1999 relatif à la rénovation du droit de la famille n'avait pas proposé d'abandonner le nom au libre choix des individus. L'auteur du rapport a estimé que le patronyme offrait un équilibre social entre la filiation maternelle et la filiation paternelle. En effet, la maternité est toujours visible tandis que l'attribution du nom du père permet de manifester socialement et publiquement la filiation paternelle à l'égard de l'enfant. En outre, soumettre aux parents le choix du nom de l'enfant c'est créer au sein de la famille des rapports de force, potentiellement préjudiciables au mineur et ce

¹ Pour une étude du régime applicable aux enfants nés avant le 1^{er} janvier 2005 : FOURNIER (S.), FARGE (M.), « Nom et prénom de l'enfant », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 231.21 et s. ; LAROCHE-GISSEROT (F.), « Nom-Prénom », *Rép. civ. Dalloz*, 2014, § 14 et s.

² MARIE (C.), « Le nom de l'enfant », *AJ fam.*, 2009, p. 199.

³ BERNARD-XEMARD (C.), « Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles... », *Dr. famille*, 2014, étude n° 10.

⁴ BAS (C.), « Les séquelles de la suppression de la procédure judiciaire de changement de nom », *RLDC*, 2007/37, n° 2495.

⁵ ROGUE (F.), « Le nom de famille dans la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 44.

⁶ BERNARD (C.), « Le nom de l'enfant après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 16 ; DEVILLAIRS (L.-A.), « Le nom de l'enfant : de nouvelles perspectives », *AJ fam.*, 2002, p. 256 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *RJPF*, 2002-7/10 ; MASSIP (J.), « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Defrénois*, 2002, art. 37563, p. 795 ; RIVIER (M.-C.), « Question de noms : famille, patronyme, usage, naissance, mariage, et jeune fille », *D.*, 2002, p. 1915 ; BELLIVIER (F.), « Dévolution du nom de famille », *RTD civ.*, 2003, p. 554 ; CORPART (I.), « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D.*, 2003, p. 2845 ; MASSIP (J.), « La modification de la loi sur le nom de famille ou l'histoire d'une occasion manquée », *Defrénois*, 2003, art. 37815, p. 1221 ; MALAURIE (P.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014, § 131.

⁷ En ce sens : BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 191.

d'autant plus s'il existe une discorde au sein du couple¹. Au nom de la liberté individuelle, un droit d'option a toutefois été accordé aux parents pour le choix du nom de famille de l'enfant. Le domaine de ce choix n'est toutefois pas absolu.

Les parents peuvent choisir le nom du père, le nom de la mère ou les deux noms accolés dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux², « *lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants* »³. Ce faisant, il s'agit de la première limite imposée aux père et mère⁴. La seconde limite est liée à l'unité du nom au sein de la fratrie pour les enfants⁵. En réalité, celle-ci n'est que relative⁶. L'enfant né, avant le 1^{er} janvier 2005, peut ne pas avoir le même nom que ses frères et sœurs nés après le 1^{er} janvier 2005, si ses parents ont la faculté de choisir le nom du second enfant et qu'ils attribuent un nom différent de celui dévolu à l'aîné⁷. Le choix d'un nom pour le cadet ne vaut que pour les autres enfants communs à naître du couple. Il est sans effet sur le nom du mineur né avant le 1^{er} janvier 2005. Au demeurant, l'article 311-23, alinéa deuxième permet aux parents de procéder à une déclaration conjointe de changement de nom de l'enfant durant sa minorité, y compris s'il est né avant le 1^{er} janvier 2005⁸. A défaut d'une telle déclaration, le nom de l'aîné peut donc être différent de celui de ses puînés⁹. L'enfant né avant le 1^{er} janvier 2005 peut être privé d'un signe d'appartenance à sa famille. Il est une victime de sa famille en raison du choix de ses père et mère, car cela aboutit à le distinguer des autres enfants de la fratrie. La faculté de choix offerte, en application des articles 311-21 et 311-23 du Code civil, ne peut être exercée qu'une seule fois pour les enfants d'une même fratrie¹⁰, nés après le 1^{er} janvier 2005, et pour une génération¹¹. Pour un autre enfant, les parents

¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 65 et s., spé. p. 66-67.

² Art. 311-21, al. 1^{er} et 311-23, al. 2 C. civ.

³ Art. 311-21, al. 4 C. civ.

⁴ L'officier de l'état civil, qui reçoit la déclaration des parents, ne peut pas contrôler l'opportunité du choix des parents. Il ne peut s'y opposer que si les règles légales ne sont pas respectées (FOURNIER (S.), FARGE (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 231.103).

⁵ En effet, « *lorsqu'il a déjà été fait application du présent article, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou de l'article 357 à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs* » (art. 311-21, al. 3 et 311-23, al. 3 C. civ.).

⁶ PETIT (C.), « Difficultés d'application de la législation relative au nom de famille ? », *RLDC*, 2011/85, n° 4351.

⁷ Sur ce point : FOURNIER (S.), FARGE (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 231.113.

⁸ Ord. n° 2005-759 précitée, art. 20, II, 5° abrogé par L. n° 2009-61 précitée, art. 1^{er}, I. L'article 311-23 du Code civil du Code civil s'applique aux enfants nés avant le 1^{er} janvier 2005.

⁹ Si une telle déclaration a été faite, les puînés auront le nom choisi pour cet enfant même si ce dernier est né avant le 1^{er} janvier 2005. Ce sera également le cas si les parents ont profité du régime transitoire, prévu entre le 1^{er} janvier 2005 et le 1^{er} juillet 2006, pour adjoindre, en deuxième position, le nom du parent qui n'avait pas pu transmettre le sien à l'enfant (*supra*. § 400).

¹⁰ Art. 311-24 C. civ. L'article 357, alinéa troisième du Code civil rappelle cette règle en cas d'adoption plénière.

¹¹ Il est possible que les enfants d'une deuxième génération portent des noms totalement différents, ce qui ne permet pas d'identifier leur ancêtre commun. L'unité du nom est donc limitée à la fratrie et non aux générations. Quelle sera

ne peuvent donc pas choisir un nom différent de celui attribué au premier. En l'absence de choix, l'enfant prend le nom du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en premier lieu ou le nom du père si la filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre¹.

402. La conformité des règles relatives à la dévolution du nom de famille aux Droits de l'Homme et aux Libertés fondamentales. – Cette solution accordant une prééminence au nom du père, en l'absence de choix, pourrait faire l'objet d'une censure de la part de la Cour européenne des Droits de l'Homme, sauf à admettre que l'enfant prenne le nom de chacun de ses parents accolés dans l'ordre alphabétique. La juridiction strasbourgeoise a ainsi condamné la législation italienne qui ne permet pas aux époux de donner à leur enfant le nom de la mère. En effet, la règle en cause veut que le nom attribué soit sans exception celui du père, nonobstant toute volonté commune différente des époux. Cette impossibilité de déroger à la dévolution patronymique du nom paraît dès lors excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes pour les magistrats européens², ce qui permet de penser que l'autonomie de la volonté des parents dans la détermination du nom de l'enfant est formellement consacrée dans la loi. De ce point de vue, le droit français semble en conformité avec les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Il est possible de déroger volontairement à la dévolution automatique du nom du père. L'attribution du patronyme à l'enfant n'est que subsidiaire. Elle ne s'exerce qu'à défaut de choix si la filiation de l'enfant est établie simultanément à l'égard des deux parents. La possibilité pour les parents de choisir le nom de l'enfant dépend cependant de l'établissement chronologique des liens de filiation à son égard et de l'exercice effectif de l'option par les père et mère. La Cour de cassation n'a par ailleurs pas jugé nécessaire de transmettre une QPC relative aux articles 311-21 et 311-23 du Code civil au Conseil constitutionnel. Elle a estimé que ces dispositions n'étaient pas contraires à la Constitution³. Des règles similaires gouvernent la dévolution du nom de famille en cas d'adoption, qu'elle soit simple ou plénière, mais celles-ci n'accordent pas une prééminence à la volonté maternelle. Le nom est effectivement déterminé lors du jugement d'adoption⁴.

alors la cohésion familiale ? L'emprise des volontés familiales aboutit à des disparités dans les noms de famille. Cela empêche les enfants d'une deuxième génération de s'intégrer dans une parenté par rapport à leur ancêtre commun (BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 195).

¹ Art. 311-21, al. 1^{er} C. civ. Exemple : CA Grenoble, 16 octobre 2012, Jurisdata n° 2012-023629.

² Cour EDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c/ Italie*, req n° 77/07, § 67.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2011, n° 10-40.067, QPC.

⁴ Si le mineur est adopté par une seule personne, celui-ci prend le nom de l'adoptant (art. 357, al. 1^{er} C. civ. pour l'adoption plénière) ou le nom de l'adoptant accolé à son nom (art. 363, al. 1^{er} C. civ.). Il convient néanmoins de relever qu'en cas d'adoption simple, si l'adopté et l'adoptant, ou l'un d'eux, portent un double nom de famille, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le choix du nom adjoint ainsi que l'ordre des deux noms appartient à l'adoptant, qui doit recueillir le

b/ L'immodération de la volonté maternelle

403. L'établissement simultané de la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents. – L'article 311-21 du Code civil donne aux parents une faculté de choix du nom de l'enfant lorsque ce dernier fait l'objet d'un double lien de filiation établi à l'égard de ses parents avant la déclaration de naissance ou postérieurement à celle-ci, mais de façon simultanée. Pour qu'il existe un choix, la filiation de l'enfant doit être établie à l'égard de ses deux parents, mariés ou non, simultanément et au plus tard au jour de la déclaration de naissance, ou de manière concomitante après cette dernière. Il existe ainsi plusieurs situations. Soit les parents non mariés ont procédé à une double reconnaissance, simultanée ou successive, avant ou lors de la déclaration de naissance. Ces mêmes parents peuvent avoir reconnu simultanément l'enfant après la naissance. Soit le nom de la mère est indiqué dans l'acte de naissance du mineur, en application de l'article 311-25 du Code civil, et le père a procédé à une reconnaissance prénatale ou à une reconnaissance de paternité lors de la naissance¹ lorsqu'ils ne sont pas mariés. Enfin, soit la filiation de l'enfant résulte de l'indication du nom de la mère sur l'acte de naissance² et du jeu de

consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté (art. 363, al. 2 C. civ.). De même, à la demande de l'adoptant, le tribunal peut décider que l'adopté en la forme simple ne portera que le nom de l'adoptant (art. 363, al. 4 C. civ.). Afin de satisfaire les revendications individuelles de couples désireux de manifester l'appartenance de l'enfant à chacune des branches paternelle et maternelle d'une famille, le législateur a prévu un droit d'option lorsqu'un couple adopte plénièrement un enfant ou si le conjoint adopte l'enfant de l'autre. Ainsi, l'adoptant et son conjoint ou les adoptants choisissent, par déclaration conjointe, le nom de famille dévolu à l'enfant : soit le nom de l'un d'eux, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux (art. 357, al. 2 C. civ.). En outre, lorsque les adoptants ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à l'adopté (art. 357, al. 6 C. civ.). La possibilité qu'il existe un désaccord entre les parents adoptifs quant au choix du nom de l'enfant a également été prévue. En effet, en l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix du nom de l'enfant, ce qui permet de penser qu'il existe un conflit entre les parents ou au mieux un désintéret pour la question, le mineur prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. Un régime similaire a été prévu par le législateur si l'enfant est adopté en la forme simple par deux époux. Dans ce cas, le nom ajouté à celui de l'adopté est, à la demande des adoptants, celui de l'un d'eux dans la limite d'un nom. Si l'adopté porte un double nom de famille, le choix du nom conservé et l'ordre des noms adjoints appartient aux adoptants, qui doivent recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom des adoptants selon l'ordre alphabétique, au premier nom de l'adopté (art. 363, al. 3 C. civ.). Enfin, dans l'hypothèse d'une substitution de nom en cas d'adoption simple par deux époux, le nom de famille substitué à celui de l'adopté peut, au choix des adoptants, être soit celui de l'un d'eux, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Cette demande peut également être formée postérieurement à l'adoption (art. 363, al. 4 C. civ.). Si les adoptants s'accordent sur la substitution du nom de l'adopté, mais ne se mettent pas d'accord sur le choix du nom de l'enfant, la substitution devrait conférer à l'adopté les noms des adoptants accolés selon l'ordre alphabétique. En cas d'adoption de l'enfant du conjoint, le tribunal, à la demande de l'adoptant, peut également décider que l'adopté conservera son nom d'origine.

¹ Art. 316 C. civ.

² Art. 311-25 C. civ.

la présomption de paternité pour un couple marié¹. Si les parents ont tous les deux établi un lien de filiation avec l'enfant avant sa naissance, le choix du nom de l'enfant fera l'objet d'une déclaration conjointe écrite des parents au jour de la déclaration de naissance de l'enfant à l'officier de l'état civil. Celle-ci doit comporter les prénom(s), nom, date et lieu de naissance de l'enfant, domicile des père et mère, l'indication du nom de famille choisi pour l'enfant, ainsi que ses prénom(s), date et lieu de naissance². Cette déclaration conjointe est aussi possible si la filiation est établie postérieurement et simultanément à la déclaration de naissance.

L'application stricte des règles de l'article 311-25 du Code civil pourrait néanmoins faire de l'enfant une victime de sa famille. En effet, l'adage « *mater semper certa est* » donne un avantage à la femme pour le choix du nom de l'enfant. Il est même permis de penser que l'exercice effectif de l'option dépend uniquement de la volition maternelle. Elle est *a priori* en mesure de choisir seule le nom de l'enfant³. La femme mariée peut paralyser le jeu de la présomption de paternité en n'indiquant pas son nom dans l'acte de naissance⁴, puis en reconnaissant l'enfant après sa naissance⁵. Dans cette situation, l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père⁶. L'établissement simultané des liens de filiation maternel et paternel de l'enfant né d'un couple marié n'est donc pas automatique. Cela est d'autant plus vrai que la présomption de paternité est « *encore écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation* »⁷. Si l'enfant est né de parents séparés, il est également possible que la femme n'informe pas le père de sa grossesse, ce qui empêche ce dernier de reconnaître l'enfant avant ou lors de sa naissance⁸. Par exemple, il est possible que l'attitude de la mère, qui a dissimulé la naissance de l'enfant, a fait en sorte qu'il ne puisse pas porter le nom du père et a empêché toute relation entre le père et l'enfant, ait mis obstacle à ce qu'il ait pu être fait application des dispositions de l'article 311-21

¹ Art. 312 C. civ.

² Art. 57, al. 1^{er} C. civ.

³ CICILE-DELFOSSÉ (M.-C.), « La dévolution du nom de famille », *J.-Cl. Civil Code*, Art 311-21 à 311-23, fasc. unique, 2013, § 66 et s. ; CICILE-DELFOSSÉ (M.-C.), « Plaidoyer pour le rétablissement du changement judiciaire du nom de famille », *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

⁴ Le père dispose cependant de la possibilité d'établir sa filiation paternelle sans introduire une action en justice (art. 314 C. civ. (rétablissement de plein droit de la présomption de paternité si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers) ; art. 315 C. civ. (reconnaissance de l'enfant par le mari)).

⁵ Art. 316 C. civ.

⁶ Art. 313 C. civ.

⁷ Art. 313 C. civ.

⁸ Art. 316 C. civ.

du Code civil¹. L'établissement concomitant de la filiation maternelle et paternelle devrait donc être rare en principe, étant donné que « *les reconnaissances simultanées postérieures à la rédaction de l'acte de naissance se heurteront au fait que la maternité sera déjà établie et les parents ne pourront prétendre avoir établi simultanément la filiation* »². Dans ce cas, il ne peut y avoir de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant. Celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu³, c'est-à-dire le plus souvent sa mère⁴.

404. L'établissement non simultané de la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents. – Si la filiation est établie de manière successive après la déclaration de naissance, les parents ne disposent pas du droit d'option. En effet, « *lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant prend le nom* »⁵ de ce dernier. *A priori*, cette hypothèse ne concerne pas les couples mariés. Le père bénéficie d'une présomption de paternité⁶, ce qui permet un établissement concomitant des liens de parenté sauf à ce que la mère n'indique pas son nom dans l'acte de naissance pour faire obstacle à la règle « *pater is est* »⁷. Cela viserait donc les situations dans lesquelles la mère n'a pas indiqué son nom dans l'acte de naissance de l'enfant⁸ et reconnaît le mineur antérieurement ou postérieurement à la naissance⁹. La filiation maternelle est alors établie antérieurement à celle du père marié, qui aura ensuite procédé à une reconnaissance paternelle après la déclaration de naissance¹⁰. L'enfant prendrait ainsi le nom de la femme mariée. Si cette situation peut se rencontrer, il est vraisemblable que l'établissement non simultané de la filiation ne concerne que les couples non mariés ou séparés. Dans ce cas, la femme peut unilatéralement décider du nom de l'enfant si elle n'avertit pas le père de sa grossesse ou de la naissance de l'enfant. L'indication de son nom dans l'acte de naissance¹¹ ou la reconnaissance de maternité¹² établit la filiation de l'enfant qu'à son égard. L'établissement de la parenté paternelle est sans effet sur la dévolution du nom de l'enfant. Ce dernier prend le nom maternel. Il existe cependant un correctif.

¹ CA Douai, 28 février 2013, Jurisdata n° 2013-003646 (l'enfant a fait l'objet d'une reconnaissance de paternité mensongère).

² LAROCHE-GISSEROT (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2014, § 41.

³ Art. 311-21, al. 1^{er} C. civ.

⁴ CICLE-DELFOSSÉ (M.-C.), précité, *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

⁵ Art. 311-23, al. 1^{er} C. civ.

⁶ Art. 312 C. civ.

⁷ Art. 311-25 et 313 C. civ. combinés

⁸ Art. 311-25 C. civ.

⁹ Art. 316 C. civ.

¹⁰ Art. 316 C. civ.

¹¹ Art. 311-25 C. civ.

¹² Art. 316 C. civ.

Les parents peuvent, « lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, [...] par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux »¹. La mère peut néanmoins s'opposer à cette déclaration conjointe, ce qui ne permet pas à l'enfant de porter le nom de son père ou le nom de ses deux parents accolés. La cour d'appel de Montpellier a ainsi jugé que la demande du père tendant à accoler son nom à celui de la mère pour l'enfant est irrecevable en application de l'article 311-23 du Code civil, l'enfant ayant d'abord été reconnu par sa mère puis, durant sa minorité, par son père. Pour la juridiction du second degré, il appartient aux parents, par déclaration conjointe faite devant l'officier d'état civil, de choisir d'accoler leurs deux noms dans l'ordre qu'ils ont choisi. C'est donc l'officier d'état civil qui doit procéder au changement de nom et non au juge aux affaires familiales². L'appartenance de l'enfant à une famille n'est donc manifestée qu'à l'égard de la mère : l'enfant portera le nom de famille maternel³. Cette solution sera identique si la femme a délibérément ignoré la reconnaissance prénatale du père de l'enfant⁴, nonobstant l'annulation de la reconnaissance mensongère par le nouveau mari de la mère⁵.

2/ Le prénom de l'enfant

405. Le rôle du prénom. – Le prénom provient du latin *praenomen*, composé de *prae*, avant et de *nomen*, nom. Il s'agit du nom qui précède le nom de famille et sert à distinguer les personnes d'une même famille⁶. Déterminé dans l'intimité familiale⁷, le prénom est obligatoirement dévoilé à la sphère publique lors de la déclaration de naissance effectuée par l'un ou l'autre des parents⁸. C'est un élément d'identification des individus au sein des familles. Il traduit « le rattachement d'une personne à une tradition familiale »⁹ et permet la construction d'une identité. C'est également un élément de police étatique, permettant d'identifier les individus dans la société. En effet, c'est un complément du nom qui permet d'éviter des

¹ Art. 311-23, al. 2 C. civ. Le choix des parents est alors définitif. Il s'appliquera à tous les enfants de la fratrie (art. 311-23, al. 3 C. civ.). Le consentement du mineur de treize est en outre impératif ((art. 311-23, al. 4 C. civ.).

² CA Montpellier, 9 novembre 2011, Jurisdata n° 2011-028890. Dans le même sens : CA Paris, 27 mai 2010, Jurisdata n° 2010-012991 – CA Lyon, 6 décembre 2010, Jurisdata n° 2010-029202.

³ CICLE-DELFOSE (M.-C.), précité, *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

⁴ Art. 316 C. civ.

⁵ CA Rennes, 11 février 2014, Jurisdata n° 2014-005706.

⁶ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° prénom.

⁷ En ce sens : CA Bordeaux, 22 octobre 2009, RG n° 08/03835, *Dr. famille*, alerte 1, obs. LAMARCHE (M.).

⁸ Art. 55 et 57, al. 1^{er}, C. civ.

⁹ MALAURIE (P.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014, § 122.

homonymes. Il intéresse donc le droit à la vie privée et familiale¹. Le rôle juridique du prénom n'a jamais été clair en droit français selon Monsieur Jean HAUSER² et l'auteur d'ajouter : « *de deux choses l'une, ou le prénom est le signe d'une intégration dans un milieu historique et social et la coutume, largement entendue, doit constituer une liste de référence, ou bien c'est un gadget entre les mains des parents qui feront ce qu'ils voudront en fonction de leurs "héros et héroïnes" (et de leur droit au respect de la vie privée, la leur ?) avec la possibilité simplifiée pour l'enfant d'en changer quand il aura commencé à détester le prénom choisi par leur auteur* »³. Le doyen CORNU a par ailleurs affirmé que « *le nœud du problème législatif, en la matière, est sans doute là : la fonction juridique du prénom est secondaire. La fonction du prénom est extrajuridique* »⁴. La volonté des parents dans l'attribution du prénom (a) ne doit cependant pas faire de l'enfant une victime de sa famille, ce d'autant plus que ces derniers jouissent d'une certaine liberté en la matière (b). Il ne faut pas identifier à l'excès l'enfant.

a/ L'attribution du prénom par les parents

406. Le choix du prénom : une prérogative parentale. – Le choix du prénom appartient aux parents. Il reflète leur personnalité et peut être « *considéré comme la première manifestation ostensible de l'amour ou de la possessivité parentale* »⁵. L'octroi d'un prénom est « *un attribut de l'autorité parentale, un des premiers actes du devoir d'éducation* »⁶, voire « *un droit naturel* »⁷ des parents. Puisque l'enfant ne peut pas choisir lui-même son prénom, seuls les responsables de l'autorité parentale sont à même de le choisir pour lui⁸. A cet égard, le prénom choisi peut avoir des origines diverses : fidélité à un usage familial, croyances religieuses ou politiques, fascination pour une idole, attachement à une mode, volonté de singulariser l'enfant⁹ ou au contraire de ne pas le désigner à l'excès. Par exemple, les liens qui unissent un enfant à un couple homosexuel peuvent se matérialiser par le choix du prénom de l'enfant. Ainsi dans une espèce, une mère avait

¹ Cour EDH, 24 octobre 1996, *Guillot c/ France*, req. n° 22500/93, § 21.

² HAUSER (J.), « Prénom : la psychologie du changement et l'arbitraire judiciaire (Civ. 1re, 6 oct. 2010, n° 09-10.240, D. 2010. 2432 ; AJ famille 2010. 499 ; RJPf 2010-12/13, obs. I. Corpart - Civ. 1re, 1er déc. 2010, n° 09-71.110, inédit - Versailles, 7 oct. 2010, n° 10/04665, AJ famille 2011. 53, obs. F. Chénéde) », *RTD civ.*, 2011, p. 97.

³ HAUSER (J.), « Prénom : retour sur l'abrogation de la loi de Germinal », (Civ. 1^{re}, 15 févr. 2012, n° 10-27.512 et 11-19.963, publiés au Bulletin ; D. 2012. 552 ; AJ fam. 2012. 231, obs. M. Lambert), *RTD civ.*, 2012 p. 287.

⁴ CORNU (G.), *Droit civil : les personnes*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2007, § 63.

⁵ FOURNIER (S.), FARGE (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 231.230.

⁶ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 75. En ce sens : TEYSSIE (B.), *op. cit.*, Paris : Litec, 15^{ème} éd., 2014, § 323.

⁷ CA Rennes, 18 février 2002, RG n° 01/00968 ; Jurisdata n° 2002-191331.

⁸ Art. 57, al. 2, C. civ.

⁹ Les parents peuvent ainsi décider d'un prénom tellement original pour leur enfant que ce dernier « *sera écrasé sous le poids de son extravagance* » (NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 85).

donné à son enfant, né d'une IAD réalisée à l'étranger, deux prénoms, dont le second était le nom de famille de sa concubine, ce qui aurait pu laisser croire que le mineur disposait d'un nom double. Ce faisant, la mère a utilisé le nom de sa concubine comme prénom de l'enfant afin de manifester une homoparenté, c'est-à-dire l'appartenance de l'enfant à une famille homoparentale. Il ne s'agissait donc pas ici d'encadrer les dérives parentales quant au choix du prénom, mais d'admettre ou non l'apparence de l'homoparenté au moyen du prénom. Le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Bordeaux a refusé de faire droit à une telle demande dans l'intérêt de l'enfant¹. Le choix du prénom, s'il permet d'identifier l'enfant, est un moyen pour les parents de démontrer l'appartenance de l'enfant à la famille. Il peut être utilisé afin de démontrer que le mineur appartient en propre à une cellule familiale particulière.

407. Le désaccord parental quant au choix du prénom. – L'alinéa deuxième de l'article 57 du Code civil énonce que « *les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère* ». Or en application de l'article 56 du Code civil, « *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* ». La déclaration de naissance incombe en premier lieu au père qui dispose ainsi d'une prééminence dans le choix du prénom². Par exemple, dans une espèce antérieure à la loi du 8 janvier 1993³, un père seul avait imposé à l'enfant, contre l'avis de son épouse, un prénom musulman jugé blasphématoire. La cour d'appel de Reims, à la requête du ministère public, a ordonné une rectification de l'acte de naissance, ce qui a permis de consacrer le choix de la mère et non un choix commun⁴. La cour d'appel d'Orléans a retenu une solution similaire le 26 janvier 2010, même si le prénom a été changé sur le fondement de l'article 60 du Code civil⁵. Dans cette espèce, le père a effectué seul, au moment de la naissance, les formalités de la déclaration de naissance auprès de l'état civil. Il a décidé seul du prénom de l'enfant contrairement à ce qui avait prévu par les parents⁶. La cour d'appel de

¹ TGI Bordeaux, JAF, 20 mars 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 270, note HAUSER (J.) ; *Dr. famille*, 2008, alerte 29, obs. LAMARCHE (M.) ; *contra.* : TGI Briey, JAF, 21 octobre 2011, *D.*, 2011, p. 1060, note BONNET (V.) (dans cette espèce, le choix du nom de la concubine comme troisième prénom n'a pas fait l'objet d'un contrôle de la part du juge aux affaires familiales).

² En Norvège, la loi laisse aux parents un délai de six mois pour choisir le prénom de l'enfant tandis qu'au Québec, les parents disposent de trente jours. A défaut, l'officier de l'état civil québécois demande à chaque parent de choisir un prénom et attribue à l'enfant les deux prénoms choisis (LAROUCHE-GISSEROT (F.), « Choix du prénom », *AJ fam.*, 2012, p. 307). Ces deux dispositifs permettent donc, dans une certaine mesure, d'anticiper tout désaccord parental.

³ L. n° 93-22 précitée.

⁴ CA Reims, 19 avril 1984, Jurisdata 1984-043231.

⁵ CA Orléans, 26 janvier 2010, Jurisdata n° 2010-003208.

⁶ L'enfant a été prénommée « Hawa ». Le couple avait déjà un enfant qui s'appelait « Adem ». Or dans la religion musulmane, Hawa et Adem sont des époux. La sœur et le frère portaient donc des prénoms représentant un couple marié dans la religion musulmane, ce qui créait une gêne au sein de la famille, notamment maternelle. Le père n'a eu

Versailles a été confrontée à une situation identique le 14 février 2013¹. Le père aurait ajouté le prénom « Selma » sans l'accord de la mère lors de la déclaration de naissance, la mineure étant ainsi prénommée « Selma, Lylia ». Au cours de l'instance en divorce des époux, la mère sollicite un changement de prénom arguant que l'enfant est quotidiennement appelé par son second prénom « Lylia ». La cour d'appel fait droit à la demande, car il est « *de l'intérêt supérieur de l'enfant d'être appelée sous le même prénom par ses deux parents* ».

Le père n'est pas nécessairement à l'origine de la déclaration de naissance, qui peut être réalisée par un tiers. En ce sens, le père non marié peut-il choisir le prénom de l'enfant ? Il est permis de penser que cela ne soit pas possible. L'autorité parentale dépend de l'établissement du lien de filiation². Faute de présomption de paternité, le père non marié doit avoir reconnu l'enfant pour procéder à la déclaration de naissance et au choix du prénom³. Dans une espèce, un désaccord s'est élevé quant au choix du prénom de l'enfant. Le déclarant, employé de la maternité mandaté par la mère, indiqua un prénom à l'officier de l'état civil. Le père refusa ce choix maternel. Ce dernier n'avait pas reconnu l'enfant, mais il se prévalait d'une possession d'état de père *a priori* crédible. Le choix paternel a finalement prévalu sur les instructions données au mandataire. Les juges ont ordonné la rectification de l'acte de naissance, sans pour autant consacrer un prénom choisi en commun par les deux parents. Le prénom choisi par le père a été ajouté à celui décidé par la mère⁴. Cette dernière peut également procéder à la déclaration de naissance et par conséquent attribuer un prénom à l'enfant, nonobstant l'absence du père. Madame Isabelle COPE-BESSIS et Madame Anne KARIL-DANZIGER ont relevé une affaire où le choix du prénom, réalisé par la mère, a été fait sans consulter le père, absent lors de la naissance en raison d'un déplacement professionnel à l'étranger. Sous la pression de sa propre mère, la femme a prénommé l'enfant « Valérie ». Or, ce prénom était celui de la précédente compagne du père, qui y voyait là la malice et la malveillance de sa belle-mère. L'homme n'a donc pas reconnu l'enfant, conditionnant sa reconnaissance à un changement de prénom. En outre, de confession juive, il aurait voulu participer au choix du prénom comme le veut la tradition. La juridiction parisienne a autorisé le changement de prénom. La mineure s'appelle désormais « Rébecca »,

connaissance de cet élément qu'après la déclaration de naissance. Le changement de prénom a été autorisé. La mineure se prénomme désormais « Aleyna », ce qui correspond au choix initial des parents.

¹ CA Versailles, 14 février 2013, RG n° 12/00506.

² Art. 372, al. 2 C. civ.

³ La cour d'appel de Rennes a jugé que l'article 57 du Code civil n'exige pas que le lien de filiation soit juridiquement établi pour que les père et mère aient le choix des prénoms. Il suffit que les parents soient connus en fait (CA Rennes, 18 février 2002, RG n° 01/00968 ; Jurisdata n° 2002-191331).

⁴ CA Rennes, 18 février 2002, RG n° 01/00968 ; Jurisdata n° 2002-191331.

prénom utilisé depuis la naissance par ses parents¹. Dès lors, quelle aurait pu être la situation de l'enfant si le changement de nom n'avait pas été judiciairement autorisé ? L'enfant, en raison de son prénom, aurait été privée de son père à cause de la volition de sa grand-mère. L'emprise des volontés familiales aboutit certainement à faire du mineur une victime de sa famille.

b/ « Des calendriers à la liberté »²

408. De l'encadrement strict à la libéralisation progressive du choix du prénom. – La protection du mineur contre l'attribution d'un prénom ridicule relève de la notion d'ordre public³. Elle montre une tension entre les libertés individuelles et l'intervention étatique⁴. L'article premier de la loi du 11 Germinal An XI a posé le principe du choix du prénom de l'enfant parmi les noms en usage dans les différents calendriers ou ceux des personnages connus de l'histoire ancienne⁵. Cette loi a fait du choix du prénom un acte des parents « *sous liberté surveillée* »⁶. Ce texte, postérieur au Code civil de 1804, avait pour objet d'éviter aux enfants de se voir attribuer des prénoms ridicules. Il avait mis fin à la grande liberté de choix conférée aux parents à l'issue de la Révolution. Certains enfants avaient été prénommés Chicorée, Belle de nuit, Frugal, Raison, Eternel, Liberté, Cocarde, Pioche, Lilas, Decadi, Floréal⁷. La loi de Germinal a posé les fondements d'un ordre public afin de diriger le choix des individus et de protéger les enfants qui n'ont pas à subir une mauvaise décision parentale. Certains parents ont toutefois pu, en donnant un prénom à l'enfant qui se combine à son nom, produire un effet cocasse : Aude Javel, Aude Selz, Marie Tournesol, Paul Tronc, Jean Bon, Jean Aymard, Pierre Pons, Jean-Aymard De frotté⁸. Les évolutions socio-culturelles et la place accordée aux libertés individuelles ont conduit à un assouplissement progressif du dispositif d'attribution du prénom à partir des années 1960⁹.

¹ COPÉ-BESSIS (I.), KARIL-DANZIGER (A.), « Changement de prénom : moments saisis, moments choisis », *AJfam.*, 2009, p. 325.

² MALAURIE (P.), *op. cit.*, Paris : Defrénois, 7^{ème} éd., 2014, § 122.

³ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 91. Sur ce point : SAKJI (A.), *Le prénom et l'ordre public*, Mémoire de Master Recherche en droit privé fondamental et sciences criminelles, Université Lille 2, 2011, 133 pages.

⁴ ANCEL (B.), « L'identité de l'enfant : nom sensé ou non-sens ? », *Petites affiches*, 30 août 2013, n° 174, p. 6.

⁵ Cette disposition énonçait que « *les noms en usage dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus dans l'histoire ancienne pourront seuls être reçus, comme prénom, sur les registres destinés à constater la naissance des enfants ; et il est interdit aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes* ».

⁶ BOULMIER (D.), « L'intérêt légitime à substituer un prénom dont il n'a jamais été fait usage, note sous CA Orléans, 26 avril 1999 », *D.*, 1999, jurispr., p. 673.

⁷ Sur ces exemples : BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 228.

⁸ MALAURIE (P.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014, § 158, note 57.

⁹ NERSON (R.), « Prénoms : du choix des prénoms par les parents de l'enfant », *RTD. civ.*, 1966, p. 522.

L'instruction ministérielle du 12 avril 1966 relative aux principes généraux sur le choix des prénoms¹ exigea que les officiers de l'état civil fassent preuve de réalisme et de libéralisme dans l'application de la loi de Germinal. Ceux-ci devaient notamment admettre les prénoms tirés de la mythologie ou de la culture régionale. Ce texte a été pris en réaction à deux arrêts de la Cour de cassation refusant l'attribution de prénoms bretons à des enfants². Des prénoms masculins féminisés, des prénoms étrangers³ ou régionaux⁴ furent néanmoins autorisés. « Bergamote », en tant que prénom féminin, a également été admis⁵, tout comme le prénom « Cerise »⁶. Les prénoms de lieu ont été rejetés⁷, y compris si cela correspondait à l'endroit où les parents s'étaient rencontrés⁸. Les parents disposaient donc d'une plus grande liberté de choix du prénom de l'enfant, mais cette liberté n'était pas absolue. Le prénom « Fleur de Marie » a été refusé par la Cour de cassation⁹. Ce fut également le cas pour le prénom « Ravi ». Le 5 mai 1993, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, a estimé qu'en raison de sa trop grande fantaisie le prénom choisi, en l'occurrence « Ravi », était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, celui-ci devant prévaloir sur le souci d'originalité des parents¹⁰. Aujourd'hui, il est fort probable que ce prénom aurait été admis compte tenu de la liberté de choix qui est accordée aux parents.

409. La liberté de choix du prénom par les parents. – La loi du 8 janvier 1993¹¹ a abrogé la loi du 11 Germinal an XI. Un système plus libéral que le précédent a été mis en place, car l'ancien dispositif ne correspondait pas aux attentes individuelles des parents. Désormais, il n'est plus fait référence à des listes de prénoms¹², ce qui permet « à la fantaisie des parents de

¹ Instruction ministérielle du 12 avril 1966 relative aux principes généraux sur le choix des prénoms, *JO*, 3 mai 1966 ; *JCP G.*, 1966, II, 31959.

² Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1964 ; *RTD civ.* 1964, p. 544, obs. DESBOIS (H.) – Cass. civ. 2^{ème}, 12 novembre 1964, *Bull. civ.* II, n° 713.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 1957, *Bull. civ.* I, n° 71 (prénom « Mouloud »).

⁴ TGI Caen, 20 décembre 1965, *JCP G.*, II, 14626, note MALAURIE (P.) (prénom breton « Mikelaïg »). Dans le même sens : CA Paris, 21 novembre 1968, *RTD civ.*, 1969, p. 320, obs. NERSON (R.).

⁵ TGI Paris, 8 juillet 1975, *JCP G.*, 1976, IV, 174.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 205. La cour de renvoi a néanmoins refusé de s'incliner devant la solution de la Cour de cassation. Elle a jugé que « le prénom *Cerise* apparaît, même compte tenu, de l'évolution des mœurs, être le fruit d'un choix ridicule contraire à l'intérêt de l'enfant » (CA Bourges, 2 mars 1984, *Deffrénois*, 1984, art. 33230, p. 278, n° 1, note MASSIP (J.).

⁷ TGI Bordeaux, 8 mai 1978, *RTD civ.*, 1979, p. 117, obs. NERSON (R.) et RUBELLIN-DEVICHI (J.) (prénom « Toulouse »).

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 1984, *Bull. civ.* I, n° 234 (prénom « Manhattan »).

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1986, *RTD civ.*, 1987, p. 81, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.).

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 90-12.823.

¹¹ L. n° 93-22 précitée.

¹² Toutes les sources d'inspirations semblent acceptées : calendriers, personnages de l'histoire, de la littérature, du cinéma, de la télévision. La mondialisation ne fait qu'accroître les possibilités de choix du prénom.

s'exercer sans limite apparente »¹. Ces derniers disposeraient d'une liberté relativement à l'attribution du prénom de leur enfant, qui ne peut pas s'opposer au choix déraisonné de ses père et mère. C'est pourquoi si le principe est la liberté de choix du prénom, un contrôle public de la décision parentale s'exerce *a posteriori*. La loi a cessé de diriger le choix des parents. Elle se contente de corriger les abus de ces derniers² dans l'intérêt de l'enfant. Protéger les enfants contre des choix de prénoms parfois préjudiciables est une mission d'intérêt général. Un prénom est en principe choisi pour la vie³. Il ne faudrait pas que les excès parentaux soient à l'origine d'un dommage pour le mineur, ce d'autant plus si les père et mère ont inventé le prénom de l'enfant.

L'alinéa deuxième de l'article 57 du Code civil énonce que « *les prénoms de l'enfant sont choisis par les père et mère* » et que « *l'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis* »⁴. Le choix du prénom est une responsabilité pour les parents. Il existe donc des limites à la liberté. L'article 57, alinéa troisième du Code civil dispose que l'officier de l'état civil, lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales. En réalité, ce contrôle judiciaire ne permet pas de protéger l'intérêt de l'enfant contre le choix de ses parents⁵. Il est effectivement possible d'observer une grande tolérance à l'égard du choix des parents. Plusieurs prénoms originaux n'ont pas été jugé ridicules ou péjoratifs comme « Zébulon »⁶, « Tokalie »⁷, « Mégane » associé au nom « Renaud »⁸, « Zoé » associé au nom « Renault »⁹, « Cheyenne »¹⁰, « Vauxanne » et « Souanne »¹¹, « Soleil »¹², « Quaiss »¹³, « Loïna » pour « Loïc » et « Anna »¹⁴, « Mickey »¹⁵, « Canta »¹⁶, « Chanel »¹⁷,

¹ BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 229. En ce sens : LAUNOY (G.), « Prénom », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 55 à 57, fasc. 20, 2013, § 71.

² CORNU (G.), *op. cit.*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2007, § 63.

³ CORPART-OUERICH (I.), « Le prénom : un choix pour la vie ? », *Petites Affiches*, 3 août 1992, n° 93, p. 15.

⁴ Ce n'est qu'à défaut de choix que l'officier de l'état civil choisi les prénoms de l'enfant.

⁵ *Infra.* § 551 et s. pour le contrôle du juge aux affaires familiales.

⁶ CA Besançon, 18 novembre 1999 ; *D.* 2001, p. 1133, note PHILIPPE (C.) et POUECH (F.) ; *RTD civ.* 2001, p. 559, obs. HAUSER (J.).

⁷ CA Caen, 30 avril 1998, *Jurisdata* n° 1998-055657 ; *RTD civ.*, 1999, p. 813, obs. HAUSER (J.).

⁸ CA Rennes, 4 mai 2000, *RG* n° 99/08141.

⁹ TGI Paris, ord. réf., 10 novembre 2010, *RG* n° 10/59262 ; *Gaz. pal.*, 5 novembre 2010 n° 329, p. 12, note BRIAND (L.).

¹⁰ CA Rennes, 28 février 1995, *Jurisdata* n° 1995-0500766.

¹¹ CA Reims, 6 mai 2004, *Jurisdata* n° 2004-249447.

¹² CA Montpellier, 4 octobre 2006, *Jurisdata* n° 2006-322114.

¹³ CA Douai, 6 mars 2000, *Jurisdata* n° 2000-114001.

¹⁴ CA Reims, 1^{er} avril 2004, *Jurisdata* n° 2004-249445.

¹⁵ CA Douai, 15 mai 2000, *RG* n° 99/01445 ; *Jurisdata* n° 2000-116096.

¹⁶ CA Bordeaux, 22 octobre 2009, *RG* n° 08/03835 ; *Dr. famille*, alerte 1, obs. LAMARCHE (M.).

¹⁷ CA Aix-en-Provence, 24 mai 1988, *RG* n° 87/7129 ; *Jurisdata* n° 1988-046248 – TGI Rochefort, 7 mars 1990, *Jurisdata* n° 1990-042279.

« Bilbo »¹, « Nkrumah »², « Goarnic »³. Les parents semblent donc maîtres de l'état civil de leur enfant. Ils peuvent décider de son nom et de son prénom. Cette solution paraît également vraie lorsqu'il est question d'organiser les relations de l'enfant avec des tiers.

B/ Les relations personnelles de l'enfant avec des tiers

410. La responsabilité civile des père et mère à l'égard des tiers et la résidence alternée. – L'alinéa premier de l'article 373-2-9 du Code civil permet au juge aux affaires familiales de fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents. La consécration de la résidence alternée est susceptible de créer des difficultés en matière de responsabilité des parents du fait de leurs enfants⁴. Depuis l'arrêt *Bertrand*, la Cour de cassation exige une condition de cohabitation entre les parents et les enfants pour l'application de l'alinéa quatrième de l'article 1384 du Code civil⁵. Plus récemment, la Haute juridiction a rappelé que « *la responsabilité de plein droit prévue par [l'article 1384, alinéa quatrième du Code civil] incombe au seul parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée, quand bien même l'autre parent, bénéficiaire d'un droit de visite et d'hébergement, exercerait conjointement l'autorité parentale et aurait commis une faute civile personnelle* »⁶. Outre qu'un parent pourrait s'opposer à la mise en place d'une résidence alternée après la séparation afin de ne pas être responsable des dommages occasionnés par l'enfant, cette solution pose la question de la détermination du civilement responsable pour les actes du mineur qui réside en alternance auprès de chaque parent. Ces derniers seront-ils alternativement ou cumulativement responsables⁷ ? La position de la Cour de cassation ne prend pas en compte les conditions de vie réelles de l'enfant auprès de ses parents⁸. Il est alors de l'intérêt des parents de souscrire une assurance pour les dommages causés par le mineur dont l'hébergement est partagé⁹.

¹ CA Papeete, 12 février 2004, Jurisdata n° 2004-243978.

² CA Versailles, 13 décembre 2012, RG n° 12/05064.

³ CA Caen, 30 avril 1998, Jurisdata n° 1998-055657 ; *RTD civ.*, 1999, p. 813, obs. HAUSER (J.).

⁴ Art. 1384, al. 4 C. civ.

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 19 février 1997, *Bertrand*, *Bull. civ. II*, n° 56. Voir également : Cass. civ. 2^{ème}, 20 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 14 – Cass. civ. 2^{ème}, 9 mars 2000, *Bull. civ. II*, n° 44.

⁶ Cass. crim., 29 avril 2014, n° 13-84.207. Voir également : Cass. crim., 6 novembre 2012, n° 11-86.857.

⁷ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.87.

⁸ Les différentes propositions de loi souhaitant mettre en place une résidence alternée égalitaire n'ont également pas pris en compte cet aspect (*Proposition de loi n° 3834 visant à préserver l'autorité partagée et à privilégier la résidence alternée pour l'enfant en cas de séparation des parents*, Doc. AN, XIII^{ème} législature ; *Proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, Doc. AN, XIV^{ème} législature).

⁹ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), « La consécration de la coparentalité dans la loi du 4 mars 2002 », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 24.

411. La limitation du droit et du devoir de surveillance des parents. – Le droit de surveillance des père et mère est lié au droit de garde. Il permet d’assurer le contrôle de l’enfant tant au domicile familial qu’à l’extérieur de celui-ci. Il peut se définir comme « *le droit (et le devoir) de veiller sur l’enfant en aménageant et en contrôlant ses allées et venues, ses relations avec les membres de la famille et avec les tiers, ainsi que sa correspondance et aujourd’hui ses communications en général* »¹. Les parents ont donc la faculté de limiter voire d’interdire les relations de l’enfant avec un tiers. Ce droit n’est pas absolu. Il doit être exercé dans l’intérêt de l’enfant. Le pouvoir de contrôle des relations avec les tiers n’est pas discrétionnaire². L’article 371-4 du Code civil organise les relations de l’enfant avec un tiers. Depuis la loi du 17 mai 2013³, ce texte dispose que « *l’enfant a le droit d’entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l’intérêt de l’enfant peut faire obstacle à l’exercice de ce droit. Si tel est l’intérêt de l’enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l’enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l’un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* ». Ce texte consacre le droit pour l’enfant à entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents, mais également avec un tiers, c’est-à-dire des relations soustraites au contrôle des père et mère⁴. En réalité, il convient d’admettre que les aïeux du mineur, et *a fortiori* des tiers à la famille, sont également titulaires d’un droit de visite et d’hébergement concernant l’enfant⁵. Cela crée ainsi une configuration triangulaire⁶. Les père et mère, en ce qu’ils exercent l’autorité parentale, sont en mesure de faire obstacle aux relations de l’enfant avec des tiers, ce qui est source d’un contentieux croissant⁷. Ce sont donc ces tiers qui saisissent le juge aux affaires familiales afin d’obtenir une décision judiciaire s’imposant aux parents et leur octroyant un droit aux relations avec l’enfant. Ce conflit entre les père et mère et les grands-parents ou des tiers, traduit une volonté d’appropriation de l’enfant. Chacun d’entre eux désirent avoir l’exclusivité d’une relation avec l’enfant. Celui-ci est alors un objet de

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.20.

² En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.30.

³ L. n° 2013-404 précitée.

⁴ ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), « Le droit de l’enfant d’entretenir des relations personnelles avec ses ascendants », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 107.

⁵ BAZIN (E.), « Le droit pour l’enfant d’entretenir des relations avec ses ascendants », *Gaz. pal.*, 11 février 2010, n° 42, p. 7 ; ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 107 ; GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.32.

⁶ ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 107.

⁷ BAZIN (E.), précité, *Gaz. pal.*, 11 février 2010, n° 42, p. 7.

possession, un objet à partager entre les parents et des tiers qui veulent entretenir des relations avec le mineur au risque d'entraîner une abdication de l'autorité parentale¹. Cela est particulièrement vrai lorsque les grands-parents (1) ou le beau-parent (2) souhaitent obtenir ou conserver un lien avec l'enfant.

1/ Les relations de l'enfant avec ses grands-parents

412. L'adoption comme moyen de faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands-parents. – L'adoption plénière est un « *type d'adoption qui confère à l'enfant adopté une filiation qui se substitue à la sa filiation d'origine, de telle sorte que l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang et acquiert, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et obligations qu'un enfant légitime* »² L'alinéa premier de l'article 356 du Code civil rappelle cette définition³. L'adoption plénière permet d'intégrer l'enfant dans une famille en effaçant le passé afin de consacrer une structure familiale tournée vers l'avenir. Cela est particulièrement vrai lorsque l'adoptant est le conjoint d'un époux. Mais à cette occasion, il se peut que le nouveau couple conjugal souhaite faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands-parents biologiques⁴.

La Cour de cassation a sanctionné cette pratique en considérant qu'il y avait un détournement de l'adoption. Dans une espèce, l'adoption de l'enfant par le second mari de la mère avait pour objectif de faire échec aux relations de l'enfant avec ses grands-paternels. Une tierce opposition avait été formée contre le jugement prononçant l'adoption plénière des enfants par le nouveau conjoint de la femme⁵. Le 5 mai 1987, la cour d'appel de Versailles avait déclaré la tierce opposition recevable en considérant que l'adoptant, c'est-à-dire le second mari, avait commis un dol. Ce dernier avait dissimulé au tribunal des éléments de nature à influencer la décision et avait caché la procédure aux grands-parents paternels, alors que ces derniers entendaient maintenir des liens avec leurs petits-enfants. En reprenant la motivation de la juridiction d'appel, la Cour de cassation a approuvé cette solution le 7 mars 1989⁶. Elle a également ajouté que « *l'adoption d'enfants, en la forme plénière, par le second mari de leur mère dans le but de couper ceux-ci de leur famille paternelle et notamment de leurs grands-*

¹ BRUGGEMAN (M.), « L'enfant et les tiers », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 173 ; BAZIN (E.), précité, *Gaz. pal.*, 11 février 2010, n° 42, p. 7

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° plénière (adoption).

³ Ce texte dispose que « *l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164* ».

⁴ Dans la majorité des situations, l'adoption du conjoint tend à rattacher à l'adoptant des enfants présents lors de l'union conjugale (MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1405).

⁵ Anc. art. 353-1 C. civ. ; art. 353-2 C. civ.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 112.

parents, constitue un véritable détournement de cette institution ». Dans le même sens, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a accordé un droit de visite, sur le fondement de l'article 371-4, alinéa second du Code civil, à des grands-parents biologiques, dans une espèce où le premier mari de la mère était décédé, en considérant que l'adoption plénière de l'enfant de l'épouse par le nouveau conjoint constituait un véritable détournement de l'adoption plénière. Les nouveaux époux s'étaient opposés à ce que les grands-parents par le sang entretiennent des relations avec leurs petits-enfants. Pour la juridiction du second degré, il est de l'intérêt de l'enfant de rétablir progressivement les relations avec ses grands-parents paternels par le sang, d'autant que ceux-ci sont les mieux à même de représenter à ses yeux une famille d'origine dont il n'existe aucun motif sérieux de vouloir l'éloigner¹. Cette solution de la cour d'appel d'Aix-en-Provence s'inscrit dans la continuité d'une décision de la Cour de cassation de 1987. La Haute juridiction a posé comme principe que « *l'existence d'une parenté réelle, même si elle n'est plus reconnue juridiquement entre les grands-parents par le sang et leur petit-fils, adopté en la forme plénière est constitutive d'une situation exceptionnelle au sens de l'article 371-4* »² du Code civil. En d'autres termes, « *si la source des relations personnelles restait bien l'article 371-4, alinéa deux (et non 371-4, alinéa premier puisque le lien juridique de parenté a été rompu), l'existence d'une parenté par le sang était [...] en soi constitutive des circonstances exceptionnelles* »³. Ces différentes espèces démontrent la volition du nouveau couple conjugal d'avoir l'exclusivité de l'enfant. Le législateur a pris en considération ces difficultés. La loi du 5 juillet 1996 a modifié l'article 345-1 du Code civil⁴. Désormais, l'adoption plénière du conjoint est exclue dès lors qu'il existe des ascendants au premier degré, sauf à ce que ceux-ci se soient manifestement désintéressés de l'enfant. Un nouvel alinéa a également été ajouté à l'article 353-2 du Code civil selon lequel « *constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4* »⁵. Il ne s'agit néanmoins que d'une hypothèse particulière de dol que le législateur a mis en exergue. Elle suppose toutefois qu'un droit de visite et/ou d'hébergement ait été accordé aux grands-parents.

413. L'existence d'un conflit entre les parents et les grands-parents. – L'alinéa premier de l'article 371-4 du Code civil emploie l'expression « *relations personnelles* » pour

¹ CA Aix-en-Provence, 7 janvier 1994, Jurisdata n° 1994-049375.

² Cass. civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 235 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 348. Voir déjà : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, *Bull. civ. I*, n° 112 ; *contra.* : Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997, n° 95-17.210.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 682.

⁴ L. n° 96-604 précitée.

⁵ Cette disposition n'est pas contraire au droit au recours effectif et au procès équitable pour la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2013, n° 13-10.622, QPC).

déterminer le droit de l'enfant à entretenir des liens avec ses grands-parents. Celle-ci est suffisamment large pour inclure un droit de visite et/ou d'hébergement ainsi qu'un droit de correspondance. Avant la loi du 5 mars 2007¹, le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses ascendants pouvait être exclu en cas de motifs graves. Désormais, seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de son droit à avoir des liens avec ses grands-parents. Cette modification législative paraissait d'autant plus justifiée que les juridictions caractérisent les motifs graves par rapport au critère de l'intérêt de l'enfant². Par principe, il est possible de présumer que le droit de visite des grands-parents est conforme à l'intérêt de l'enfant, en raison du lien d'affection et de parenté unissant les intéressés³, et qu'il appartient aux parents, qui s'opposent à son exercice, de démontrer le contraire⁴. Le conflit opposant les grands-parents aux parents ne justifie pas nécessairement que les premiers soient privés de la possibilité d'entretenir des relations avec l'enfant⁵. Ces liens peuvent être conformes à l'intérêt du mineur⁶. Par exemple, le refus de la mère de l'enfant de renouer des relations avec sa mère à qui elle reproche de l'avoir abandonnée ne permet pas de refuser au profit de la grand-mère un droit de visite. Au contraire, l'instauration de relations entre l'enfant et sa grand-mère peut être source d'enrichissement pour l'enfant qui ne devrait pas être perturbé par un élargissement de la cellule familiale⁷. En pratique, il faut que le désaccord ait des conséquences sur l'équilibre psychologique et affectif du mineur⁸, notamment si un conflit familial préexiste à la demande des grands-parents, tel un divorce ou le décès de l'un des parents. A cet égard, la cour d'appel d'Agen a rappelé que « *la simple mésintelligence entre l'appelante et sa fille et son gendre ne serait, à elle seule, pas suffisante pour constituer un obstacle aux relations réclamées par la grand-mère s'il ne s'agissait au cas précis d'un véritable conflit, profond, ancien et relativement virulent* »⁹. Dans le même sens, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir rejeté le droit de visite d'un grand-parent dont l'attitude invasive et interventionniste a plongé les enfants dans une crise qui ne pouvait les concerner, et cela même s'il n'a pas eu conscience de la perturbation

¹ L. n° 2007-293 précitée.

² *Supra*. § 105.

³ ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), précité, in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 107.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} décembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 346 – Cass. civ. 1^{ère}., 15 juillet 1999, n° 97-17.497.

⁵ A cet égard, il convient de noter que le décès de la mère et le conflit opposant les grands-parents maternels et le père remarié, résidant en Guadeloupe, ont justifié le placement des enfants auprès des aïeux, les circonstances exceptionnelles de l'article 373-3 du Code civil ayant été caractérisées (CA Pau, 26 juillet 2011, *Jurisdata* n° 2011-021861).

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 11 juin 2008, n° 07-11.425 – Cass. civ. 1^{ère}., 14 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 2.

⁷ CA Toulouse, 27 juin 2000, *Jurisdata* n° 2000-121272.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 13 décembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 389 – Cass. civ. 1^{ère}., 28 février 2006, n° 05-14.484. Voir également : CA Bordeaux, 8 avril 2002, *Jurisdata* n° 2002-175807.

⁹ CA Agen, 26 mars 2008, RG n° 07/00362.

majeure qu'il avait provoquée¹. La Haute juridiction a également rejeté un pourvoi en considérant que la cour d'appel avait suffisamment caractérisé l'intérêt de l'enfant à ne pas entretenir de relations avec leur grand-mère maternelle. En effet, « *il était improbable que les enfants soient épargnés du conflit et quelle que soit la réalité de son fondement, la douleur de la mère sera portée par les enfants trop jeunes encore pour se forger une conviction propre* »². A l'inverse, un droit de visite a pu être accordé dès lors que la démarche des grands-parents ne constituait pas un geste de malveillance, mais un désir inconscient de réparation. En outre, dans l'intérêt des enfants, il apparaissait souhaitable qu'à plus ou moins long terme, ils puissent entretenir des relations avec leurs ascendants, nonobstant le conflit familial aigu³. C'est également pour cette raison que la Cour de cassation a confirmé la solution d'une cour d'appel qui a estimé, en considération du seul intérêt de l'enfant, que celui-ci justifiait de renouer progressivement des relations avec sa grand-mère paternelle et le mari de celle-ci⁴. Au demeurant, dans l'intérêt du mineur, il est parfois nécessaire que les tensions entre les adultes s'apaisent pour ne pas perpétuer le blocage défensif de l'enfant, qui redoute d'être source de réactivation des conflits entre ses parents et ses grands-parents⁵. C'est à cette condition que l'enfant pourra être préservé de la mésentente familiale dont il fait l'objet.

414. L'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant. – Afin de refuser un droit de visite et d'hébergement, les juges doivent apprécier *in concreto* l'intérêt de l'enfant. Cela signifie que leur analyse doit se concentrer sur la seule relation grands-parents/enfants⁶, bien que le comportement même des aïeux puisse faire obstacle au maintien des relations avec le mineur⁷.

Ce critère de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de conférer aux relations personnelles entre le mineur et des grands-parents une certaine autonomie. Le droit de l'enfant à avoir des liens avec ses aïeux s'apprécie de manière indépendante, peu importe que les liens du mineur

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 27 mai 2010, *Bull. civ. I*, n° 120. Dans le même sens : CA Nîmes, 24 avril 2002, *Jurisdata* n° 2002-177757 – CA Rouen, 7 juin 2007, *Jurisdata* n° 2007-337794 – CA Lyon, 29 janvier 2008, RG n° 07/02819 – CA Lyon, 24 juin 2009, RG n° 08/06202.

² Cass. civ. 1^{ère}., 20 mai 2009, n° 08-15.333 (la grand-mère avait violenté sa propre fille et sa personnalité pouvait porter atteinte à l'équilibre des enfants).

³ Cass. civ. 1^{ère}., 14 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 2 (les grands-parents se sont engagés à ne plus dénigrer les parents). Voir également : CA Riom, 27 mars 2001, *Jurisdata* n° 2001-140924.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 12 février 2014, n° 13-13.674.

⁵ CA Bordeaux, 8 avril 2002, *Jurisdata* n° 2002-175807.

⁶ GOUTTENOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.34. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}., 12 février 2014, n° 13-13.674.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 23 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 110 (comportement autoritaire de la grand-mère) – CA Rennes, 18 février 2002, *Jurisdata* n° 2002-191328 (alcoolisme et violence des grands-parents qui ont un discours disqualifiant et injurieux à l'égard de la mère) – CA Dijon, 6 novembre 2003, *Jurisdata* n° 2003-229951 (alcoolisme des grands-parents) – CA Lyon, 14 mars 2011 RG n° 10/01636 (grands-parents violents) – CA Dijon, 16 juin 2011, RG n° 10/01099 (comportement envahissant des grands-parents).

avec ses parents soient rompus. Ainsi, le lien unissant une enfant et sa grand-mère a été qualifié de vital alors que la mineure était placée dans un établissement, que sa mère lui manifestait peu d'intérêt et que son père avait été condamné pour atteintes sexuelles sur sa personne¹. Au contraire, la mère du père, incarcéré pour attouchements sur l'enfant, s'est vue refuser un droit de visite, car elle ne croyait pas la mineure et qu'elle risquait d'exercer des pressions à son rencontre². Un arrêt de la cour d'appel de Lyon illustre également cette approche. Le père de l'enfant avait été condamné pour avoir tenté d'assassiner la mère de celui-ci. Les grands-parents paternels obtiennent un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant, malgré l'absence de contacts pendant plusieurs années. La juridiction a retenu la volonté des aïeux de maintenir des relations avec l'enfant. Elle ajoute que le manque d'empathie de la mère ne peut « *caractériser un motif suffisamment grave pour empêcher toute relation entre l'enfant, désormais âgé de onze ans, et ses grands-parents paternels* ». Elle en déduit qu'il n'apparaît pas contraire à l'intérêt de l'enfant de rencontrer ses grands-parents³. La cour d'appel de Lyon avait déjà usé de cette approche dans un arrêt du 9 septembre 2008. Dans cette espèce, elle avait accueilli la demande de droit de visite de la grand-mère paternelle après avoir constaté que le père ne se manifestait pas auprès de l'enfant et qu'il apparaissait conforme à l'intérêt de ce dernier de connaître la branche paternelle de sa famille, nonobstant le conflit opposant l'aïeule à la mère du mineur⁴. Pour autant, la même juridiction a refusé un droit de visite au profit du grand-père paternel en s'appuyant sur les conséquences du conflit familial entre le grand-père paternel et le père à l'égard de ce dernier. Elle a jugé qu'il « *n'apparaît pas dans l'intérêt des enfants, alors que leur père apparaît [...] avoir retrouvé une certaine stabilité, de venir bousculer la cellule familiale ainsi reconstruite, en réintroduisant la présence* » de l'aïeul⁵. Cette solution permet de privilégier la stabilité des relations entre le père et ses enfants. Elle rappelle que les liens familiaux ne sont pas uniquement des rapports interindividuels⁶, dépendant de la volonté de certains membres de la famille. Ils doivent être appréciés dans leur ensemble, ce qui est aussi le cas pour les relations personnelles de l'enfant avec un tiers, en particulier le beau-parent.

¹ CA Besançon, 30 juillet 2002, RG n° 02/00016. Dans le même sens : CA Riom, 20 février 2001, RG n° 00/01424.

² CA Dijon, 6 février 2003, RG n° 02/00885.

³ CA Lyon, 10 septembre 2012, RG n° 11/02956.

⁴ CA Lyon, 9 septembre 2008, RG n° 07/08184. Dans un sens proche : CA Caen, 27 mai 2010, Jurisdata n° 2010-020932 ; *contra*. : CA Rouen, 18 décembre 2008, Jurisdata n° 2008-007129.

⁵ CA Lyon, 15 janvier 2013, RG n° 11/05253.

⁶ En ce sens : GOUTTENNOIRE (A.), précité, *in* MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 233.35.

2/ Les relations de l'enfant avec son beau-parent

415. La participation du tiers à la vie de l'enfant. – La loi du 17 mai 2013¹ a envisagé une hypothèse particulière de maintien des relations personnelles de l'enfant avec un tiers. L'alinéa second de l'article 371-4 du Code civil énonce effectivement que « *si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* ». Cette disposition prend spécifiquement en compte la situation du beau-parent dans le cadre des familles recomposées² ou homoparentales, lorsque le couple de même sexe n'est pas marié. Ce faisant, le législateur a repris une proposition formulée par le Défenseur des enfants en 2006. En effet, il était proposé de modifier l'article 371-4 du Code civil afin de prendre en considération la situation du tiers qui a partagé la vie quotidienne du mineur et avec lequel il a noué des liens affectifs. Un nouvel alinéa à l'article 371-4 avait été proposé. Il était formulé en ce sens : « *l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec le tiers, parent ou non qui a partagé sa vie quotidienne et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à ce droit* »³. Dès lors, le beau-parent qui a participé à l'éducation de l'enfant peut solliciter du juge aux affaires familiales un droit de visite. Sa volonté de conserver un lien avec l'enfant fait de celui-ci un objet de possession, étant donné que le tiers souhaite avoir l'exclusivité d'un lien avec le mineur. Cette situation se manifeste notamment lorsque la famille recomposée (a) ou homoparentale (b) éclate, alors même que les relations personnelles de l'enfant ne doivent pas se faire et de se défaire au gré des envies et des aspirations des personnes. Chaque individu ne peut pas revendiquer un droit de visite avec l'enfant.

a/ L'éclatement de la famille recomposée

416. L'instrumentalisation de l'enfant. – Dans les familles recomposées, chaque membre du couple aspire à la reconstruction d'une cellule familiale stable et équilibrée. La volonté des individus est cependant insuffisante pour garantir la pérennité de la famille recomposée. La dissolution de couple conjugal recomposé peut avoir des conséquences à l'égard

¹ L. n° 2013-404 précitée.

² Sur ce point : FULCHIRON (H.), « Autorité parentale et famille recomposée », *in op. cit., Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 141 ; DEPADT-SEBAG (V.), « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *D.*, 2011, p. 2494 ; REBOURG (M.), « Familles recomposées et liens interpersonnels », *JCP N.*, 2013, n° 19, 1127..

³ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport annuel 2006* précité, *Doc. fr.*, 2006, p. 64.

des enfants, en particulier s'il ne s'agit pas des enfants communs du couple. Madame Dominique FENOUILLET a affirmé que le droit aux relations personnelles du mineur avec un tiers pouvait conduire à « *une instrumentalisation de l'enfant en "objet de bonheur" ou "de reconnaissance"* »¹. Le beau-parent peut revendiquer un droit au maintien des liens avec l'enfant, mais sa situation diffère selon qu'il est demeuré un tiers à l'égard du mineur (i) ou qu'il est devenu son parent (ii). Dans cette seconde hypothèse, « *le droit favorise la création de filiations artificielles purement volontaires* »². La remise en question de ces filiations de complaisance lors de la rupture conjugale est susceptible de causer un préjudice au mineur. Cette possibilité consacre effectivement une parenté à titre précaire³ au détriment de l'intérêt de l'enfant.

i/ Le beau-parent tiers à l'égard de l'enfant

417. L'absence d'un lien de filiation entre l'enfant et son beau-parent. – La séparation du couple, outre qu'elle concerne les relations entre les parents, impacte nécessairement la situation de l'enfant. Cela est d'autant plus vrai pour les familles recomposées. Après avoir vécu la séparation de ses parents, le mineur est à nouveau confronté à une perte de repère, ce d'autant plus qu'il doit cesser en principe toute relation avec celui, tiers beau-parent, qui l'a élevé⁴. Cette situation est particulièrement vraie lorsque le beau-parent n'a pas créé avec l'enfant un lien de filiation. Dans ce cas, sa demande ne peut se fonder que sur l'article 371-4 du Code civil, mais il est permis de penser que le parent de l'enfant, dont le tiers est séparé, n'acceptera pas aisément que l'enfant conserve des relations personnelles avec son ex-conjoint, concubin ou partenaire⁵. Ce parent tente de conserver le privilège des relations avec le mineur. La loi du 17 mai 2013⁶ a permis de prendre en compte cette situation particulière, bien que cela soit déjà le cas par la jurisprudence. Par exemple, la cour d'appel de Nîmes a accordé un droit de visite et d'hébergement au concubin de la mère dont il est séparé. Les juges du second degré ont estimé que pendant les huit ans de vie commune le concubin s'est occupé de l'enfant de sa compagne, dont le père était décédé antérieurement. En outre, l'enfant a eu des relations avec les parents du concubin qui le considèrent comme leur petit-fils au même titre que l'enfant commun du couple. S'il doit être tenu compte du refus de la femme de ne pas voir son ex-compagnon, cette volonté

¹ FENOUILLET (D.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Présentation », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 7

² LABBEE (X.), « Etre parent à titre précaire », *D.*, 2014, p. 1669.

³ LABBEE (X.), précité, *D.*, 2014, p. 1669.

⁴ CORPART (I.), « Les familles recomposées décomposées », *AJfam.*, 2007, p. 299 ; CORPART (I.), [ss. dir.], *Familles recomposées*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 126.

⁵ En ce sens : LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 81.

⁶ L. n° 2013-404 précitée.

ne justifie pas la suppression de son droit de visite et d'hébergement¹. Au contraire, pour refuser un droit de visite et d'hébergement, la cour d'appel de Poitiers s'est fondée sur le fait que l'ancien concubin n'avait pas établi la qualité de la relation antérieure et en quoi son maintien est nécessaire à l'équilibre et au développement de l'enfant. Celui-ci n'apportait pas la preuve de relations affectives enrichissantes entretenues avec l'enfant². Ces différentes espèces semblent démontrer que l'enfant est un objet de possession, car sa famille sociale, constituée par le beau-parent et ses propres parents, souhaitent conserver des relations avec le mineur.

En cas de décès du parent biologique, les juridictions peuvent accorder un droit de visite et d'hébergement au beau-parent qui a élevé l'enfant et qui éprouve à son égard des sentiments d'affection. Ainsi, le second mari de la mère décédée a pu exercer un droit de visite et d'hébergement sur les enfants du couple non communs³. La cour d'appel a relevé que la vie commune et les épreuves rencontrées tant par les pères que les enfants de ces familles recomposées justifient le maintien de relations suivies entre elles. Dans cette situation, l'enfant n'apparaît pas comme une victime de sa famille recomposée. Au contraire, la solution permet de prendre en compte son intérêt qui est de maintenir des liens avec un parent de fait. Néanmoins, lorsque le beau-parent est devenu parent⁴, des difficultés particulières surgissent. Il faut organiser les relations de l'enfant avec une personne qui n'est pas son parent de sang.

ii/ Le beau-parent devenu parent

418. La création d'une filiation de complaisance. – Le droit permet d'organiser la concrétisation des liens affectifs existants dans une famille recomposée. La loi donne la possibilité au beau-parent de créer un lien juridique avec l'enfant dont il va partager le quotidien⁵. Le beau-parent n'est alors plus un tiers pour l'enfant. Le beau-parent marié au parent de l'enfant peut procéder à l'adoption plénière⁶ de l'enfant de son conjoint. Cette forme d'adoption implique de tenir compte des liens familiaux existants. Elle ne doit pas être un prétexte à priver l'enfant de sa première famille, notamment de ses grands-parents⁷, car cela ferait du mineur une victime de sa famille. La recomposition familiale ne peut justifier l'éviction d'une branche de la famille biologique de l'enfant en raison de la dissolution du couple conjugal. Par conséquent, l'adoption

¹ CA Nîmes, 13 septembre 2000, Jurisdata n° 2000-126870.

² CA Poitiers, 11 mars 2009, Jurisdata n° 2009-023191.

³ CA Pau, 5 juillet 2000, Jurisdata n° 2000-122459.

⁴ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 127.

⁵ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 24.

⁶ Art. 345-1 C. civ.

⁷ *Supra.* § 412.

plénière ne peut être envisagée « *que si la branche familiale paternelle ou maternelle, soit n'existe pas (l'enfant n'a bénéficié que d'un seul lien de filiation), soit est occupé par des parents défailants* »¹. A défaut, l'adoption simple² de l'enfant du conjoint demeure possible, ce qui permet d'intégrer le mineur au sein d'un nouveau foyer recomposé. Elle est toutefois limitée car elle suppose le consentement du parent biologique avec lequel l'enfant ne vit pas³, le caractère abusif du refus étant apprécié par le juge selon l'article 348-6 du Code civil⁴. Elle porte en outre atteinte à l'autorité parentale durant la minorité des enfants⁵. Il faut enfin que l'adoption ne soit pas de nature à compromettre la vie familiale lorsque l'adoptant a des enfants⁶. Cela sera par exemple le cas s'il existe un conflit entre ces derniers, notamment en raison de la séparation du couple parental suivi de la reconstruction d'un nouveau foyer par l'un des parents⁷.

En principe, les deux beaux-parents d'un même enfant ne peuvent pas tous les deux procéder à son adoption. La Cour de cassation a effectivement été confrontée au problème « *de la reconnaissance juridique de la famille "doublement recomposée"* »⁸. Dans cette espèce, l'adopté est né le 2 septembre 1968 du mariage de sa mère et de son père. Ces derniers divorcent quelques années après sa naissance. Sa mère épouse en secondes noces un individu. Le 27 mai 2002, l'adoption simple de l'enfant majeur par le second époux de sa mère est prononcée. L'épouse en secondes noces du père de l'enfant depuis 1972, décédé en cours d'instance, sollicite l'adoption simple de l'enfant par requête déposée le 1^{er} février 2007. La cour d'appel écarte l'application de l'alinéa premier de l'article 346 du Code civil⁹. Elle estime que ce texte n'est pas conforme aux articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Elle accueille donc la demande d'adoption simple par la seconde épouse du père d'un enfant majeur issu d'une première union, alors que celui-ci a déjà fait l'objet d'une adoption simple par l'époux en secondes noces de la mère. Le 12 janvier 2011, la Haute juridiction censure l'arrêt de la cour d'appel en raison de son refus d'application de l'article 346 du Code civil. Elle considère que « *le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas*

¹ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 32.

² Art. 360 C. civ.

³ Art. 348, al. 1^{er} C. civ.

⁴ Refus non abusif de consentir : CA Paris, 26 septembre 1996, Jurisdata n° 1996-023785 – CA Toulouse, 20 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-049930 – CA Poitiers, 6 février 2001, Jurisdata n° 2001-146592 – CA Aix-en-Provence, 21 juin 2005, Jurisdata n° 2005-278622. Refus abusif de consentir : CA Poitiers, 19 février 2002, Jurisdata n° 2002-171348 – CA Amiens, 9 mars 2005, Jurisdata n° 2005-277846.

⁵ Art. 365 C. civ.

⁶ Art. 361 et 353, al. 2 C. civ. combinés.

⁷ CA Agen, 15 mai 2013, Jurisdata n° 2013-010350 (adoption simple refusée) – CA Douai, 6 juin 2013, Jurisdata n° 2013-011823 (adoption simple admise).

⁸ BOSSE-PLATIÈRE (H.), GOUTTENOIRE (A.), « Adoption sur adoption ne vaut... même dans la famille recomposée ! », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-16.527, FS P+B+I : JurisData n° 2011-000142 », *JCP G.*, 2011, note 415.

⁹ Ce texte dispose que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ».

de limiter le nombre d'adoptions successives, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis »¹. Il est permis de penser que cette décision pose un principe selon lequel le beau-parent ne dispose pas d'un droit absolu à consacrer juridiquement l'existence des liens l'unissant à un enfant, ce d'autant plus s'il est mineur. La position de la Cour de cassation refusant l'adoption simple de l'enfant par le concubin ou le partenaire du parent semble justifiée². L'adoption simple ne permet pas d'ajouter un lien électif à un lien biologique³, nonobstant la volonté du couple de rattacher l'enfant à la famille recomposée.

Si le beau-parent non marié ne peut pas procéder à l'adoption de l'enfant de son concubin ou de sa partenaire, il lui est possible de reconnaître le mineur. En effet, « *pour officialiser la reconstitution d'une famille entre toutes les personnes amenées à cohabiter, il est parfois recouru à une reconnaissance de complaisance* »⁴. Elle n'est possible que si l'enfant n'est doté que d'un seul lien de filiation. La création de ce lien de droit avec le mineur ne dépend que de la volonté discrétionnaire du beau-parent⁵, qui désire manifester l'appartenance de l'enfant à une famille recomposée. L'enfant n'est pas en mesure de donner son avis, ce qui permet de changer sa filiation sans qu'il puisse s'y opposer. De ce point de vue, il appartient à cette catégorie moderne d'enfant victime de sa famille, puisqu'il ne peut pas faire obstacle à la volonté de son beau-parent d'établir un lien juridique à son égard avec le consentement de son parent. Ces volontés familiales aboutissent à créer un lien de filiation qui ne correspond pas à la réalité. La reconnaissance ne repose sur aucune vérité biologique. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il s'agit d'une reconnaissance mensongère ou de complaisance. Il n'en demeure pas moins que la filiation établie par l'adoption ou par la reconnaissance permet au beau-parent, devenu parent, de continuer à participer à la vie de l'enfant.

419. L'exercice en commun de l'autorité parentale après l'éclatement de la famille recomposée. – Si le couple est marié, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint permet au parent adoptif d'exercer en commun l'autorité parentale avec le parent biologique⁶. En cas d'adoption

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 2011, *Bull. civ.* I, n° 9 ; *JCP G.*, 2011, note 415, obs. BOSSE-PLATIÈRE (H.), GOUTTENNOIRE (A.) ; *RJPF*, 2011-4/32, obs. GARE (T.).

² *Supra*. § 384.

³ NEIRINCK (C.), « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP G.*, 1997, I, 4067.

⁴ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 28.

⁵ Selon l'article 316 du Code civil, la reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique. La reconnaissance produit un effet déclaratif. Elle est en principe irrévocable. L'auteur de la reconnaissance ne peut pas unilatéralement révoquer sa décision. Elle est également rétroactive. Elle produit effet à compter du jour de la conception de l'enfant, réputé comme le fils ou la fille de celui qui a réalisé la reconnaissance.

⁶ Art. 356, al. 2nd C. civ.

simple au sein d'un couple marié¹, le parent adoptif a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité². Cette solution s'applique aussi pour le beau-parent qui a reconnu l'enfant plus d'un an après sa naissance, alors que sa filiation est déjà établie à l'égard du parent biologique. Ce dernier reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale sous réserve d'une déclaration conjointe réalisée dans les mêmes conditions³. Le beau-parent, devenu parent, et le parent biologique de l'enfant doivent dès lors s'accorder sur les questions relatives à la personne de l'enfant. L'alinéa premier de l'article 373-2 du Code civil trouve également à s'appliquer en cas de séparation du couple parental recomposé. En effet, « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* ».

Le désamour dans les familles recomposées⁴ peut avoir des conséquences sur le mineur. Si le processus de codécision peut être difficile à mettre en œuvre lors de la désunion des parents biologiques⁵, il est permis de penser qu'il le sera davantage lorsque le parent de complaisance se sépare du parent biologique et qu'il se désintéresse d'un enfant qui n'est pas le sien. La volonté des adultes de manifester l'appartenance de l'enfant à une famille recomposée peut faire de lui une victime de sa famille, tandis que la disparition de cette famille est susceptible d'entraîner un délaissement de la part du parent de complaisance. Le mineur appartient alors à la catégorie classique d'enfant victime de sa famille en raison d'un désintérêt. La séparation conjugale provoque un refus de collaboration du beau-parent, devenu parent. Il revient au parent biologique de solliciter un exercice exclusif de l'autorité parentale⁶, mais encore faut-il que la rupture du couple justifie la remise en cause de l'arrangement conjugal quant à l'exercice de l'autorité parentale. Le parent par le sang pourrait-il récupérer l'exclusivité de sa fonction parentale⁷ ? Dans le même sens, il paraît illusoire de contraindre le parent de complaisance à avoir des relations personnelles avec l'enfant, alors qu'il est déjà difficile d'imposer une telle obligation au parent biologique en cas de séparation conjugale. En effet, de quelle manière obliger le parent de complaisance à maintenir des liens avec un enfant qui n'est pas le sien ? De ce point de vue, les catégories classiques et modernes d'enfants victimes de leurs familles sont perméables. L'emprise des volontés familiales permet d'inclure l'enfant dans une catégorie moderne de mineur victime

¹ Sur ce point : CHENEDE (F.), « Les effets de l'adoption simple sur le nom de l'adopté et sur l'autorité parentale », *AJ fam.*, 2008, p. 456.

² Art. 365, al. 1^{er} C. civ. ; art. 1180-1 C. pr. civ.

³ Art. 372, al. 2 et 3 C. civ. ; art. 1180-1 C. pr. civ.

⁴ CORPART (I.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 299.

⁵ *Supra.* § 235.

⁶ *Supra.* § 235.

⁷ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 33.

de sa famille et subsidiairement, elle peut entraîner le rattachement de ce dernier à une catégorie classique d'enfant victime de sa famille. Le parent de complaisance, titulaire de l'autorité parentale, peut néanmoins solliciter le maintien des relations personnelles avec l'enfant. L'alinéa deuxième de 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* ». Or si biologiquement il n'est pas le parent de l'enfant, juridiquement il l'est. A ce titre, il peut demander un droit de visite et d'hébergement, qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves¹. Cela signifie que le parent biologique ne peut en principe pas s'opposer à la poursuite des relations entre l'enfant et le parent de complaisance. L'enfant peut devenir un enjeu lors de la séparation des parents par le sang et de complaisance, ce qui ferait de lui un objet d'aliénation de sa famille². La volonté du parent par le sang de retrouver l'exclusivité de l'enfant peut néanmoins aboutir à un effacement de la filiation de complaisance.

420. La remise en cause de la filiation de complaisance. – La séparation du couple recomposé peut conduire à la remise en cause de la filiation de complaisance. Cette possibilité consacre l'existence d'une parenté à titre précaire, laquelle ne dépend que de la volonté des individus³. Elle constitue donc une manifestation moderne de l'enfant victime de sa famille. Le mineur, confronté à l'instabilité de son état civil, supporte une atteinte à ses droits de la personnalité. En effet, les éléments d'identification de sa personne sont reconsidérés, ce qui entraîne une atteinte à sa vie privée et familiale.

Le lien de filiation établi par une reconnaissance mensongère est par nature fragile. Il ne repose que sur la volonté de son auteur et non pas sur une vérité biologique. Par exemple, le père, qui sait ne pas être le géniteur, pourrait être tenté de faire annuler le lien de paternité afin de rompre tous ses liens avec la famille recomposée. Inversement, la mère pourrait envisager de faire reconnaître l'enfant par son nouveau concubin, partenaire ou mari. Elle pourrait alors solliciter l'annulation de la première reconnaissance. L'enfant de la mère aurait un second père en droit. Le mineur pourrait donc connaître d'autres situations de reconstruction de liens familiaux en fonction des choix sentimentaux de ses auteurs si la remise en cause de la filiation préexistante conduit à donner à l'enfant un nouveau parent en droit. Aucune limite n'est posée par le droit de la filiation dès lors que la reconnaissance ne repose que sur la volonté. Seule la vigilance de l'officier de l'état civil pourrait faire obstacle à des reconnaissances successives. Le procureur de

¹ Art. 373-2-1, al. 2 C. civ. ; *supra*. § 105.

² *Infra*. § 427 et 569.

³ LABBEE (X.), précité, *D.*, 2014, p. 1669.

la République pourrait ainsi contester la nouvelle filiation de l'enfant sur le fondement de l'article 336 du Code civil¹. Cela suppose néanmoins que l'action en contestation de la reconnaissance ne soit pas prescrite². Cette situation ne peut que préjudicier à l'enfant confronté à l'instabilité de son état civil, qui devient fonction de la volonté de ses parents. Cela est d'autant plus vrai que l'auteur de la reconnaissance contracte l'obligation de se comporter en parent et d'assurer la direction morale et matérielle du mineur avec l'autre parent biologique. L'annulation de la reconnaissance peut impacter l'équilibre psychologique et affectif de l'enfant, étant donné qu'il perd l'un de ses parents, considéré comme tel jusqu'à l'annulation de la reconnaissance. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a admis que le parent de complaisance pouvait être tenu de verser des dommages-intérêts à l'enfant. La Cour de cassation justifie la réparation du préjudice causé à l'enfant par le fait que l'auteur de la reconnaissance avait pris l'engagement de subvenir aux besoins de son enfant au moment de la reconnaissance et à se comporter comme son père³. Plusieurs juridictions du fond ont condamné l'auteur de la reconnaissance mensongère au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé à l'enfant par l'annulation de la fausse reconnaissance⁴. La cour d'appel de Lyon a même condamné *in solidum* la mère et l'auteur de la reconnaissance annulée, car l'enfant s'était trouvé très affecté et sa vie scolaire avait été perturbée. La juridiction lyonnaise a estimé que la mère avait contribué à la réalisation du dommage en acceptant l'établissement d'une filiation paternelle de complaisance⁵.

La création d'une filiation de complaisance par l'adoption de l'enfant du conjoint ne garantit pas non plus la pérennité du lien. Par principe, l'intégration de l'enfant par l'adoption

¹ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 140.

² Dans l'hypothèse d'une famille recomposée, il est permis de penser que le parent de complaisance aura une possession d'état conforme au titre, étant donné qu'il existe une cohabitation entre les différents membres de la famille. Dans ce cas, « *seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté* » (art. 333, al. 1er C. civ.). Seul le ministère public peut agir au-delà de ce délai dans les conditions prévues par l'article 336 du Code civil (art. 333, al. 2nd C. civ.). Afin d'obtenir l'annulation de la reconnaissance, il est tenu de rapporter la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père (art. 332, al. 2nd C. civ.). Dès lors, si le délai de prescription n'est pas écoulé, il suffit pour la mère ou le père de solliciter une expertise biologique qui est de droit sauf motif légitime de ne pas y procéder (Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103 ; voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 28 novembre 2012, n° 11-23.170 – Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n° 12-15.901). La femme peut aussi être à l'origine d'une reconnaissance mensongère. Dans ce cas, il faudra qu'elle n'ait pas accouché de l'enfant (art. 332, al. 1^{er} C. civ.).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 1960, *Bull. civ. I*, n° 120 – Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 1981, *Bull. civ. I*, n° 81 – Cass. civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *contra*. lorsque l'enfant a connaissance du caractère mensonger de la reconnaissance : Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n° 94-20.774.

⁴ CA Nancy 8 septembre 2008, RG n° 07/01699 – CA Poitiers, 14 janvier 2009, RG n° 07/01712 (condamnation de l'auteur de la reconnaissance en ayant obtenu l'annulation) – CA Toulouse, 6 janvier 2009, RG n° 07/05533 (condamnation de l'auteur de la reconnaissance dont l'annulation a été obtenue par la mère – CA Pau, 2 juin 2009, RG n° 08/02632 (condamnation de l'auteur de la reconnaissance, en ayant obtenu l'annulation, à la réparation du préjudice matériel ainsi que du dommage moral résultant du changement de nom subi par le mineur) – CA Paris, 21 janvier 2010, RG n° 08/21483 – CA Rennes, 23 mars 2010, RG n° 09/02300 – CA Lyon, 6 décembre 2010, RG n° 09/01022 (condamnation de l'auteur de la reconnaissance en ayant obtenu l'annulation).

⁵ CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 09/07978.

dans le nouveau foyer doit être accueillie, mais ce procédé s'inscrivant dans un projet conjugal, l'instabilité de ce dernier peut fragiliser le lien créé¹. Si l'adoption plénière est irrévocable², ce n'est pas le cas de l'adoption simple. L'article 370 du Code civil autorise la révocation de l'adoption simple pour motifs graves. De simples convenances personnelles ne sont pas suffisantes³. En effet, selon le tribunal de grande instance de Paris, l'adoption simple, « *si elle procède d'un accord de volontés, revêt aussi un aspect institutionnel prépondérant, de telle sorte que sa révocation constitue une mesure exceptionnelle qui ne peut, en dépit de l'accord des parties, être prononcée que pour des motifs graves* »⁴. Ce faisant, la juridiction parisienne a rappelé le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, et plus particulièrement de l'adoption. L'adoptant et le parent biologique ne peuvent donc pas mettre unilatéralement fin au lien électif créé, mais il est fort probable que le parent de complaisance envisage de répudier l'enfant adopté en période de désamour⁵. En outre, si la demande en révocation est concomitante à une procédure de divorce, il est permis de penser que la filiation créée n'est que factice. Au demeurant, les juridictions ne font pas nécessairement droit à la demande de l'un des membres du couple. La cour d'appel de Toulouse a jugé que le projet d'adoption avait été porté par le couple et mûrement réfléchi. Le divorce ne remet pas en cause ce lien de filiation, d'autant que la demande de révocation de la mère ne s'explique que par la volonté d'écarter définitivement l'adoptant de sa vie et de celle de ses enfants⁶. De ce point de vue, il semblerait que la mère ait souhaité retrouver l'exclusivité de l'enfant, ce qui démontre à nouveau que le mineur peut être un objet de possession. L'adoption pourra cependant être révoquée lorsqu'il est fait état d'un climat familial conflictuel, d'une grave mésentente du couple parental ou de l'absence de liens affectifs entre l'adopté et l'adoptant⁷, ce d'autant plus si la brièveté des liens conjugaux est pris en considération⁸. Une simple distension des liens familiaux n'est toutefois pas suffisante pour permettre la révocation de l'adoption simple⁹.

¹ GASNIER (F.), « Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint », *Petites affiches*, 20 juin 2011, n° 121, p. 4.

² Art 359 C. civ.

³ CA Aix-en-Provence, 29 novembre 2001, Jurisdata n° 2001-175694 – CA Paris, 3 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-191687 – CA Douai, 27 mai 2002, Jurisdata n° 2002-202935 (la juridiction relève le caractère grave et sérieux de l'engagement constitué par l'adoption).

⁴ TGI Paris, 28 mai 1996, *RTD civ.*, 1996, p. 594, obs. HAUSER (J.).

⁵ GASNIER (F.), précité, *Petites affiches*, 20 juin 2011, n° 121, p. 4.

⁶ CA Toulouse, 30 mars 2010, Jurisdata n° 2010-010203.

⁷ CA Limoges, 26 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-048318 – CA Bordeaux, 22 février 1994, Jurisdata n° 1994-040257 – CA Limoges, 21 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-047034.

⁸ CA Nancy, 20 septembre 2013, Jurisdata n° 2013-020956 (désintérêt du père adoptif qui ne verse aucune contribution à l'entretien de l'enfant et n'exerce pas son droit de visite).

⁹ CA Versailles, 9 septembre 2010, Jurisdata n° 2010-016180, *Dr. famille*, 2010, comm. n° 185, obs. NEIRINCK (C.).

421. Les conséquences de la survivance de la filiation de complaisance. – Ce que souhaitent les adultes n'est pas toujours conforme à l'intérêt de l'enfant. Leur volonté ne s'accorde pas nécessairement avec les sentiments du mineur¹, notamment si le lien de filiation de complaisance survit à l'éclatement de la famille recomposée. Faire dépendre le lien de filiation de la volonté des parents biologiques et de complaisance présente un risque pour l'enfant. La reconnaissance est un acte quasiment définitif, étant donné qu'au bout de cinq ans de vie commune², le parent de complaisance ou le parent par le sang ne peuvent plus exprimer aucun repentir afin de faire prévaloir la vérité biologique³. Dans ce cas, la dissolution du couple conjugal n'a pas d'incidence sur la filiation volontaire issue de l'acte de reconnaissance, et *a fortiori* de l'adoption lorsqu'elle n'est pas remise en cause. Le beau-parent devenu parent devra assumer toutes les conséquences de son acte. Autrement dit, il a l'obligation d'assumer entièrement et définitivement ce lien juridique électif⁴, ce d'autant plus qu'il a volontairement choisi de l'établir. En application des articles 203 et 371-2 du Code civil, il est tenu d'une obligation alimentaire envers le mineur, celle-ci ne dépendant que de l'existence du lien de filiation⁵. Il demeure également responsable sur le fondement de l'article 1384, alinéa quatrième du Code civil, mais encore faut-il que le parent de complaisance ne conteste pas la reconnaissance mensongère effectuée. Dans pareille hypothèse, il est possible de mesurer le caractère artificiel de la reconnaissance et des liens créés. Ainsi, un père a obtenu l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite afin d'échapper à sa responsabilité civile. La Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait retenu la responsabilité du parent de complaisance au motif que « *l'annulation de la reconnaissance d'un enfant a un effet rétroactif sur l'existence du lien de filiation et, par voie de conséquence, sur la responsabilité civile des parents du fait de leurs enfants* » et « *qu'il en découle également l'anéantissement rétroactif des effets juridiques de cette reconnaissance, notamment ceux relatifs à la dévolution de l'autorité parentale* »⁶. Hormis ces aspects patrimoniaux, la survivance du lien de filiation artificiel a des conséquences personnelles pour l'enfant, que l'annulation de la reconnaissance soit impossible ou que l'adoption n'ait pas été révoquée. Il est fort probable que le mineur ne conserve aucun lien avec le parent de

¹ En ce sens : NEIRINCK (C.), « Famille recomposée et adoption simple : un beau-père est-il un père ?, obs. sous CA Versailles, 9 septembre 2010, Jurisdata n° 2010-016180 », *Dr. famille*, 2010, comm. n° 185.

² Art. 333, al. 1^{er} C. civ. La seule possibilité d'obtenir l'annulation de la reconnaissance serait de démontrer que la possession d'état n'est pas paisible, continue et non équivoque (art. 311-2 C. civ.), ce qui ne paraît pas évident en raison de la proximité des relations entretenues par les membres de la famille recomposée au sein d'un domicile commun. Si cette démonstration est envisageable, le délai de prescription serait de dix ans (art. 334 C. civ.).

³ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 30.

⁴ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 141 ; NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1997, I, 4067.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, *Bull. civ.* I, n° 135.

⁶ Cass. crim., 8 décembre 2004, *Bull. crim.*, n° 315.

complaisance, y compris si celui-ci a l'autorité parentale concurremment avec le parent biologique. Il est dès lors possible que l'enfant ne soit pas préservé de la mésentente entre son parent par le sang et son parent biologique, ou de l'indifférence de ce dernier¹.

Dans ces situations, l'enfant ne représente plus la construction d'une famille recomposée. Bien au contraire, la survivance de cette filiation factice matérialise l'échec de la création d'une cellule familiale autour de la personne du mineur. Ce dernier devra supporter toute sa vie les conséquences de la volition de ses parents, désireux de manifester son appartenance à une famille recomposée qui n'en est plus une. Le maintien du lien de filiation mensonger lui rappellera la décomposition de la famille recomposée, tandis que la fausse reconnaissance le prive de la possibilité d'établir un lien juridique avec son parent véritable, c'est-à-dire son parent biologique.

b/ L'éclatement de la famille homoparentale

422. Les conséquences de la reconnaissance incomplète des familles homoparentales en droit. – Aujourd'hui, les familles homoparentales ne sont plus ignorées par la loi. Les couples homosexuels peuvent accéder au mariage, première étape vers la reconnaissance d'une homoparenté puisque l'adoption est désormais ouverte aux couples homosexuels mariés². La création d'un lien de filiation par l'adoption plénière de l'enfant du conjoint et l'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux parents de même sexe garantissent à l'enfant des relations personnelles avec chacun de ses parents. Le parent adoptif n'est pas un tiers compte tenu de l'existence du lien de filiation. Les règles posées aux articles 373-2 et suivants du Code civil ont vocation à s'appliquer. La situation est toutefois différente lorsque les membres du couple homosexuel ne sont pas unis par le mariage. Dans cette hypothèse, il n'existe qu'un seul parent légal de l'enfant, l'autre n'ayant l'occasion de s'investir dans la vie de l'enfant qu'au moyen d'une délégation partage de l'autorité parentale. L'enfant ne dispose que d'un seul lien de filiation, ce qui a corrélativement entraîné la reconnaissance d'une homoparentalité³. C'est précisément dans cette situation que les parents de fait « *ressentent le plus cruellement le manque de liens juridiques et aimeraient que des alternatives à la création de liens filiaux soient proposées* »⁴ lorsque le couple de même sexe se sépare. Il est ainsi possible que la mère consente à son ex-concubine une délégation partage de l'autorité parentale alors même que le couple est

¹ GASNIER (F.), précité, *Petites affiches*, 20 juin 2011, n° 121, p. 4.

² *Supra.* § 380.

³ *Supra.* § 386 et s.

⁴ CORPART (I.), précité, *RJPF*, 2012-4/7.

désuni¹, ce qui permet au parent de fait de continuer à exercer le rôle éducatif qu'il a avait toujours joué auprès des enfants². Il n'en demeure pas moins que la situation du parent social est précaire. La mère légale peut demander au juge aux affaires familiales de mettre fin à la délégation partage si elle fait état de « *circonstances nouvelles* »³. La mère de fait serait alors contrainte de solliciter un droit de visite sur le fondement de l'article 371-4, alinéa second du Code civil. Elle est effectivement un tiers à l'égard du mineur. C'est également pour cette raison que la cour d'appel de Rouen a déclaré irrecevable une demande d'exercice en commun de l'autorité parentale présentée par l'ex-partenaire de la mère. La juridiction du second degré a estimé que la demanderesse, n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant, ne peut pas être juridiquement qualifiée de parent⁴.

Afin de garantir la continuité des relations après la dissolution du couple conjugal, des couples homosexuels non mariés ont organisé et obtenu le bénéfice d'une résidence alternée pour l'enfant et le partage des frais liés à son entretien⁵. Cette possibilité n'est pas toujours acceptée⁶. Elle est en outre critiquable⁷. Ainsi, le tribunal de grande instance de Briey a refusé la mise en œuvre d'une résidence alternée. Pour les juges du fond, cela suppose que les parties soient en mesure de s'accorder aux fins de pourvoir au quotidien de l'enfant, ce qui manifestement n'était pas le cas⁸. Cette motivation est surprenante. Elle signifie *a contrario* que la résidence alternée aurait été possible en cas d'entente de la mère légale et de la mère sociale. Cela implique de traiter la mère de fait, considérée comme un tiers pour l'enfant, comme un second parent de droit. Lors de la séparation du couple homosexuel, l'alternance est donc proposée au profit d'une personne qui n'est pas le parent de l'enfant, ce qui ne repose sur aucun fondement juridique⁹. La résidence alternée est une modalité de l'exercice de l'autorité parentale pour des parents séparés selon l'alinéa premier de l'article 373-2-9 du Code civil. La loi n'envisage cette possibilité qu'à l'égard des deux parents et non d'un parent et d'un tiers. La résidence alternée n'est pas une

¹ TGI Lille, JAF, 18 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-355272 ; *Dr. famille*, 2008, comm. n° 58, obs. MURAT (P.) – CA Paris, 1^{er} décembre 2011, RG n° 11/06495 ; *RJPF*, 2012-5/29, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2012, p. 146, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

² *Supra*. § 393.

³ Art. 377-2, al 1^{er} C. civ.

⁴ CA Rouen, 3 avril 2014, RG n° 13/03333 ; Jurisdata n° 2014-007171 ; *Dr. famille*, 2014, comm n° 99, obs. NEIRINCK (C.).

⁵ TGI Annecy, JAF, 1^{er} juillet 2010, RG n° 09/02356 ; *AJ fam.*, 2010, p. 435. Dans le même sens : CA Paris, 1^{er} décembre 2011, RG n° 11/06495 ; *RJPF*, 2012-5/29, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2012, p. 146, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

⁶ TGI Briey, JAF, 21 octobre 2011, *D.*, 2011, p. 1060, note BONNET (V.). Voir également : CA Grenoble, 28 janvier 2009, RG n° 08/03492.

⁷ BONNET (V.), « Co-maternité : entre désir et réalité, note sous TGI Briey, 21 octobre 2011 », *D.*, 2011, p. 1060 ; CORPART (I.), précité, *RJPF*, 2012-4/7.

⁸ TGI Briey, JAF, 21 octobre 2011, *D.*, 2011, p. 1060, note BONNET (V.).

⁹ En ce sens : CORPART (I.), précité, *RJPF*, 2012-4/7.

modalité d'organisation des relations entre l'enfant et le tiers¹. Il existe une différence de nature entre le droit de visite et la résidence alternée². Cette décision participe à l'idée que les individus contournent les règles légales pour s'assurer l'exclusivité d'une relation avec l'enfant et la reconnaissance d'une forme de famille homoparentale. Lorsque le couple de même sexe n'est pas marié, c'est l'article 371-4, alinéa second du Code civil qui a vocation à s'appliquer. Le parent social est un tiers pour l'enfant.

423. La reconnaissance aléatoire d'un droit de visite et d'hébergement³. – Bien que le tribunal de grande instance de Briey n'ait pas accordé la mise en œuvre d'une résidence alternée, il a reconnu au profit de l'ex-concubine de la mère un droit de visite et d'hébergement⁴. La cour d'appel de Nancy a néanmoins infirmé ce jugement sur appel de la mère légale de l'enfant⁵. La juridiction de second degré a pris en considération le fait que l'enfant est né d'un projet parental commun aux deux femmes et que les circonstances de la naissance du mineur et de son éducation le rattache à l'ancienne concubine de la mère, qui s'est occupée de l'enfant jusqu'à ses trois ans, date de la séparation. Néanmoins, le critère de l'intérêt de l'enfant, apprécié *in concreto* au jour où le juge statue, justifie l'absence de droit de visite entre la mère sociale et l'enfant. En effet, l'ex-concubine n'a pas eu de contacts avec le mineur depuis trois ans, ce qui fait d'elle une étrangère pour l'enfant. Ce dernier ne se souvient plus du rôle qu'elle a joué dans sa petite enfance et il manifeste une hostilité envers l'ancienne concubine et un désarroi face à ses revendications. La juridiction nancéienne estime qu'il n'est pas de l'intérêt actuel de l'enfant de le déstabiliser au nom de son droit moral, aujourd'hui théorique, à maintenir des liens avec un tiers qui a, par le passé, occupé une place privilégiée dans sa vie⁶. Le 23 octobre 2013, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la mère sociale de l'enfant⁷, privant celle-ci de la possibilité de conserver une relation exclusive avec l'enfant. La solution de la Haute juridiction ne peut être qu'approuvée. Elle est fondée sur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui demeure « *le critère central des décisions relatives aux relations personnelles de l'enfant avec des tiers* », bien qu'« *en réalité, c'est la mère de l'enfant qui, mettant le juge devant le fait accompli, impose sa décision* »⁸. La reconnaissance d'un droit de visite et d'hébergement au

¹ En ce sens : CA Grenoble, 28 janvier 2009, RG n° 08/03492.

² BONNET (V.), précité, *D.*, 2011, p. 1060.

³ Sur ce point, voir notamment : MULON (E.), « L'article 371-4 du Code civil : un dispositif utile mais insuffisant en cas de séparation d'un couple homosexuel », *Gaz. pal.*, 16 septembre 2014, n° 259, p. 5.

⁴ TGI Briey, JAF, 21 octobre 2011, *D.*, 2011, p. 1060, note BONNET (V.).

⁵ CA Nancy, 10 février 2012, Jurisdata n° 2012-006531.

⁶ Egalement en ce sens : CA Paris, 5 juin 2014, Jurisdata n° 2014-012983.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 2013, n° 12-20.560.

⁸ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 680.

profit de la mère sociale n'est dès lors pas absolue. Elle est conditionnée par l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans une autre espèce, le tribunal de grande instance de Briey avait également octroyé à l'ancienne partenaire homosexuelle de la mère un droit de visite et d'hébergement en se fondant sur l'existence d'une « *famille sociologique* », au sein de laquelle l'enfant a noué des rapports affectifs tant avec sa mère qu'avec la compagne de celle-ci¹. Il est donc permis de penser que l'enfant est considéré comme un objet de possession, étant donné que son appartenance à une famille ne repose que sur la volition de la mère légale.

424. La réification sociale de l'enfant. – L'article 371-4 du Code civil permet de prendre en compte la réalité des relations personnelles unissant le mineur à son parent social. Cette disposition permet de maintenir l'existence de ces liens si cela s'avère conforme à l'intérêt de l'enfant. Ce sera notamment le cas s'il est nécessaire de préserver la stabilité du mineur dans ses relations affectives et sociales avec l'ex-compagne de sa mère, ce d'autant plus si ces liens contribuent à l'épanouissement du mineur. Plusieurs juridictions du fond ont accordé un droit de visite à la mère de fait de l'enfant². Par exemple, le tribunal de grande instance de Paris a fait référence au droit « impérieux » de l'enfant « *à connaître son histoire, à savoir le contexte affectif dans lequel il est né, à comprendre la particularité de son histoire et à connaître la personne qui partageait la vie de sa mère lorsqu'il a été attendu et pendant les premiers mois de sa vie* ». La juridiction écarte le fait que la mère sociale n'a été présente que onze mois aux côtés de la mère biologique. Elle retient au contraire que les enfants voudront un jour connaître la personne « *qui avait été investie de manière non équivoque par leur mère d'un rôle parental auprès d'eux* »³. Ce faisant, le juge aux affaires familiales a limité l'intérêt de l'enfant au droit de connaître les circonstances de sa conception. Il a déduit de la connaissance de ses origines personnelles l'épanouissement futur du mineur, ce qui ne relève pas *a priori* pas de ses missions⁴.

Dans une autre espèce, la cour d'appel de Rouen a accordé à l'ex-partenaire de la mère un droit de visite progressif et élargi afin d'assurer la réalisation d'un projet de coparentalité commun aux deux femmes, celles-ci ayant décidé de faire naître l'enfant privé de père⁵. Il est donc permis de penser que le droit de visite n'a été accordé qu'en considération du seul intérêt

¹ TGI Briey, JAF, 21 octobre 2010, RG n° 09/00482. *Contra.* : CA Bordeaux, 13 novembre 2013, RG n° 13/00117.

² Par exemple : TGI Bressuire, JAF, 6 janvier 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 313, obs. HAUSER (J.) – CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, *D.*, 2003, p. 1528, note CADOU (E.) – CA Poitiers, 9 juin 2010, RG n° 09/02361 – CA Paris, 17 janvier 2013, *Jurisdata* n° 2013-000564 – CA Caen, 24 octobre 2013, RG n° 12/01216 – CA Grenoble, 28 janvier 2014, RG n° 13/01098.

³ TGI Paris, JAF, 28 avril 2011, RG n° 09/43158 ; *RJPF*, 2011-7.8/29, obs. EUDIER (F.).

⁴ En ce sens : CARBONNIER (J.), précité, *D.*, 1959, *jurispr.*, p. 673.

⁵ CA Rouen, 3 avril 2014, RG n° 13/03333 ; *Jurisdata* n° 2014-007171 ; *Dr. famille*, 2014, comm n° 99, obs. NEIRINCK (C.).

des adultes, ce d'autant plus que l'ex-partenaire n'a pas résidé de manière stable avec l'enfant, ni pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation. Elle n'a pas noué avec lui des liens affectifs durables¹. Le couple s'est effectivement séparé alors que l'enfant n'avait que huit mois. Dans ces conditions, de quelle manière des liens affectifs auraient-ils pu se nouer entre l'ex-partenaire de la mère et l'enfant ? A cet égard, la décision de la cour d'appel de Rouen permet à l'ex-compagne de la mère de créer des relations personnelles avec l'enfant, en considérant qu'elle aurait pu être la mère de l'enfant si la priorité n'avait pas été donnée à l'autre ancienne partenaire. En cela, l'arrêt de la juridiction du second degré n'est pas fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Au contraire, cette décision garantit la volition des adultes souhaitant établir un lien exclusif avec le mineur. Elle contribue à la réification de l'enfant et fait de lui un objet social, signe d'appartenance à une famille ou à un individu en particulier. Or, dans cette espèce, un rapport d'affection réciproque pourra-t-il réellement être créé entre la mère frustrée et l'enfant obligé de rencontrer une femme qui n'est qu'un tiers² ?

La cour d'appel de Lyon a adopté un raisonnement inverse. Dans un arrêt du 22 mars 2010³, elle considère que la séparation du couple homosexuel ayant eu lieu alors que l'enfant était âgé de dix-huit mois, le temps pendant lequel l'ex-partenaire a vécu avec lui sous le même toit est insuffisant pour qu'aient pu s'établir entre eux des liens étroits et solides. Elle ajoute que le seul fait qu'elle ait pu, pendant quelques mois, assurer avec la mère les soins que requiert un nouveau-né n'est pas non plus suffisant pour permettre de regarder comme établie l'existence des liens affectifs allégués. Surtout, l'attitude de la mère sociale ne peut qu'être déroutante et perturbatrice pour l'enfant. Les juges du second degré relèvent qu'il n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant de lui imposer de se soumettre à l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement par un tiers qu'il ne connaît pas et dont le comportement apparaît perturbateur pour la structuration de sa personnalité⁴. L'intérêt de l'enfant permet donc de s'opposer aux demandes des mères sociales, en particulier lorsqu'elles invoquent leur propre désir de se voir reconnaître des droits sur l'enfant. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une femme a participé à la construction d'un projet parental commun qu'il faut *ipso facto* admettre au profit de celle-ci un droit aux relations

¹ Art. 371-4, al. 2nd C. civ. *a contrario*.

² NEIRINCK (C.), « Un droit de visite accordé à l'ex-compagne de la mère justifié par un projet de coparentalité antérieurement partagé, obs. sous CA Rouen, 3 avril 2014, RG n° 13/03333 : Jurisdata n° 2014-007171 » *Dr. famille*, 2014, comm n° 99.

³ CA Lyon, 22 mars 2010, Jurisdata n° 2010-008722.

⁴ Dans le même sens : CA Paris, 5 juin 2014, Jurisdata n° 2014-012983 (dans cette espèce, les magistrats, pour refuser à la mère sociale le bénéfice d'un droit de visite et d'hébergement, ont pris en compte l'existence d'un climat passionnel et déraisonnable entre les deux ex-compagnes, le conflit de loyauté en résultant, l'hostilité franche de l'enfant et ses manifestations somatiques survenues depuis la mise en place du droit de visite et d'hébergement par le premier juge ; il convient de relever que la mère sociale avait arrêté son activité professionnelle après le congé maternité de la mère biologique afin de s'occuper au quotidien de l'enfant durant quatre ans).

personnelles avec un enfant. Le mineur n'est pas un objet de possession, car il est impossible de prétendre qu'un individu puisse disposer de l'exclusivité de relations avec l'enfant. C'est la solution adoptée par la cour d'appel de Bordeaux dans son arrêt du 16 avril 2013¹. La juridiction du second degré a refusé un droit de visite à l'ancienne compagne de la mère en se fondant sur l'existence d'une profonde mésentente entre les anciennes concubines, chacune revendiquant la place de mère. Pour les magistrats, il apparaissait nécessaire de protéger l'enfant qui risquait d'être l'enjeu et la victime d'un conflit, autrement dit un objet d'aliénation.

Section 2. L'enfant objet d'aliénation

425. L'usage linguistique du terme « aliénation ». – Le terme « aliénation » est polysémique. Il est juridiquement utilisé pour désigner une opération par laquelle celui qui aliène transmet volontairement à autrui la propriété d'une chose². Ce terme provient du latin juridique *alienato*, dérivé du verbe *alienare* qui signifie transmettre à un autre, c'est-à-dire *alienus*. Ce terme latin *alienus* évoque également l'idée de séparation, d'éloignement. Plus précisément, le mot latin *alienus* fait référence à ce qui est « éloigné de », « étranger à », « hostile à ». Appliqué à l'enfant dans ses rapports avec ses parents, cela pourrait signifier que le mineur devient étranger ou hostile à l'un de ses parents, qu'il considère comme le responsable de l'éloignement³. Cette situation d'aliénation parentale prive le mineur de son libre arbitre et aboutit à une fragilisation des liens entre celui-ci et un de ses père et mère. L'enfant est alors victime d'un SAP. Cette notion a été introduite par le pédopsychiatre américain Richard A. GARDNER dans les années 1980⁴. Cet auteur a décrit les principaux symptômes du SAP, notamment le dénigrement du parent aliéné, l'absence d'ambivalence de l'enfant, un soutien indéfectible au parent aliénant, une absence de culpabilité, une animosité étendue à tous les proches du parent aliéné. Le SAP peut se définir comme « *l'embrigadement et/ou la manipulation d'un enfant ou d'une fratrie par un parent contre l'autre, au moment où après une séparation conflictuelle et a souvent des conséquences irréversibles chez l'enfant* »⁵. Sa manifestation principale est la campagne de

¹ CA Bordeaux, 6 avril 2013, Jurisdata n° 2013-008806.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° aliénation.

³ Le Trésor de la Langue Française Informatisé (ATILF), V° aliénation, (disponible sur [http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=651798105](http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=651798105;)), consulté le 25 janvier 2012).

⁴ CAMBEFORT (J.-P.), « Le syndrome d'aliénation parentale : menace pour la cohésion familiale », in RUDE-ANTOINE (E.), PIEVIC (M.), [ss. dir.], *Ethique et famille*, Tome 1, Paris : L'Harmattan, 2011, p. 155.

⁵ CAMBEFORT (J.-P.), précité, in RUDE-ANTOINE (E.), PIEVIC (M.), [ss. dir.], *ibid.*, Tome 1, Paris : L'Harmattan, 2011, p. 155.

dénigrement injustifiée que fait l'enfant contre l'un de ses parents¹. L'enfant devient « *l'instrument de la disqualification d'un parent par l'autre* »². Ce trouble naît principalement dans le contexte d'une séparation parentale conflictuelle (§ 1). En effet, le parent aliénant surprotège l'enfant et il peut être animé par un esprit de vengeance à l'encontre de l'autre parent dont il se sépare. Il se considère comme une victime et tente de faire croire à l'enfant que le parent aliéné est responsable de la dissolution de la cellule famille. Le terme « aliénation » manifeste l'idée que l'enfant est soumis à l'autorité du parent aliénant. Il est privé de son autonomie en raison du comportement de l'un de ses père et mère. Autrement dit, l'enfant est une personne sur laquelle il est possible d'exercer sa domination, sa violence. Le mineur est aliéné dans sa famille en raison de l'emprise que l'un des parents exerce à son encontre, ce qui entraîne des effets « *destructeurs pour la construction psychique de l'enfant* »³. Cette situation se rencontre également lorsque le mineur est confronté à des violences conjugales. Celui-ci se trouve « *de façon permanente et/ou répétée en présence de celui qui [le] soumet à son pouvoir en [le] réduisant à [son] corps et détruisant la capacité d'agir qui [le] définit comme [sujet]* »⁴ (§ 2).

§ 1/ L'enfant et les séparations parentales conflictuelles

426. Un mauvais usage des prérogatives parentales. – Les conflits familiaux ne sont pas nouveaux, mais il est possible de remarquer que les conflits relatifs à l'autorité parentale se sont multipliés ces dernières années⁵. Les conflits entre les parents peuvent conduire à une rupture familiale, susceptible d'affecter l'enfant de manière directe ou non. Dans cette situation, la famille n'est plus un espace de sécurité pour l'enfant. En effet, « *le cercle familial sécuritaire laisse [...] place à des idées d'enfant revendiqué, tiraillé, utilisé, enfant-objet, otage du conflit familial. L'enfant est souvent le sujet des relations de couple qui s'enveniment, mais il en est surtout la victime* »⁶. C'est alors « *le conflit parental et non la séparation des enfants qui nuit le plus aux enfants* »⁷. Cela est d'autant plus vrai qu'au cours de la procédure judiciaire, le sort des

¹ CAMBEFORT (J.-P.), précité, in RUDE-ANTOINE (E.), PIEVIC (M.), [ss. dir.], *ibid.*, Tome 1, Paris : L'Harmattan, 2011, p. 155.

² DEFENSEUR DES ENFANTS, *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles, Rapport thématique, Doc. fr.*, 2008, p. 55.

³ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique précité, Doc. fr.*, 2008, p. 56.

⁴ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 71.

⁵ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 139.

⁶ SCHENIQUE (L.), « La protection pénale de l'enfant victime du conflit familial », *AJ fam.*, 2013, p. 287.

⁷ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique précité, Doc. fr.*, 2008, p. 54.

parents face à l'enfant est évoqué¹, alors que c'est le devenir de l'enfant, confronté à la séparation parentale, qui devrait être pris en considération. Si la mésentente des parents, la séparation et le divorce sont des affaires privées, leurs conséquences sur la santé, l'épanouissement et l'éducation relèvent de la chose publique lorsqu'elles sont suffisamment graves et avérées².

Une séparation parentale conflictuelle peut donc entraîner des conséquences sur l'enfant, susceptible de développer un SAP, trouble psychologique conduisant au rejet de l'un des parents. Ce dénigrement est souvent disproportionné et injustifié, car le parent visé a toujours exercé ses prérogatives de manière adéquate³. Par principe, et afin d'atteindre les objectifs définis par l'article 371-1 du Code civil, les parents doivent « *se respecter mutuellement et [accomplir] chacun les efforts nécessaires pour traduire leurs responsabilités de façon positive dans la vie de leur enfant, notamment en respectant la place de l'autre parent, et en maintenant un nécessaire dialogue entre eux et, en cas de difficultés sur ce point, à mettre en œuvre toutes les mesures de nature à restaurer la communication parentale* »⁴. Dès lors, la séparation parentale conflictuelle, qui interdit toute communication entre les parents, prive le mineur de la protection à laquelle il a droit. Les parents n'exercent plus leur autorité dans l'intérêt de l'enfant. Au contraire, un parent utilise ses prérogatives pour nuire à l'autre et cela au détriment de l'enfant, alors que l'autorité parentale n'est pas un instrument de domination de l'enfant⁵. Malgré l'absence de reconnaissance formelle du SAP dans l'arsenal juridique, le droit permet de sanctionner le comportement de celui « *qui cherche à éloigner progressivement l'autre parent et sa famille de la vie de l'enfant* » grâce à la démonstration d'une maltraitance psychologique⁶. Cela est d'autant plus vrai que le SAP est parfois invoqué devant les juridictions du fond⁷, certaines d'entre elles accueillant favorablement cet argument⁸. En 2013, le SAP a été expressément reconnu par la Cour de cassation⁹, ce qui

¹ En ce sens : FULCHIRON (H.), « L'autorité parentale renouvelée (Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Deffrénois*, 2002, art. 37580, p. 959.

² GODET (M.), SULLEROT (E.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2005, p. 165.

³ JUSTON (M.), « Le syndrome de l'aliénation parentale. Eléments de réflexion d'un juge aux affaires familiales », *Gaz. pal.*, 18 août 2011, n° 230, p. 7.

⁴ CA Paris, 11 septembre 2002, *D.*, IR, p. 3241. Egalement en ce sens : CA Paris, 10 janvier 2008, RG n° 06/11349.

⁵ JUSTON (M.), « Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ? », *AJ fam.*, 2009, p. 320.

⁶ Rép. min. Justice à question écrite n° 16593, *JO AN Q*, 18 juin 2013, p. 6454. Dans le même sens : Rép. min. Justice à question écrite n° 26327, *JO AN Q*, 13 août 2013, p. 8788.

⁷ Par exemple : TGI Toulon, 4 juin 2007, RG n° 04/00694 ; *Gaz. pal.*, 20 novembre 2007, n° 324, p. 11, note PANNIER (J.) – CA Nîmes, 12 mars 2008, RG n° 06/04199 – CA Lyon, 28 février 2011, RG n° 10/03604 et n° 2007/00476 – CA Douai, 3 mars 2011, RG n° 10/02098 – CA Lyon, 4 avril 2011, RG n° 10/02104 – CA Lyon, 18 avril 2011, RG n° 10/04199 – CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/00391 – CA Nîmes, 23 mai 2013, RG n° 12/03681 – CA Limoges, 29 janvier 2014, RG n° 13/01244. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, n° 10-23.502.

⁸ CA Fort-de-France, 22 octobre 2010, RG n° 10/00154 – CA Lyon, 4 avril 2011, RG n° 10/02888 – CA Douai, 23 juin 2011, RG n° 11/01914 – CA Rennes, 29 novembre 2011, RG n° 09/05222 – CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03534 – CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/06993 – CA Toulouse, 7 décembre 2012, RG n° 12/00106 – CA Bastia, 29 janvier 2014, RG n° 12/01004.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-14.392 (le SAP qui s'était installé dans la vie de l'enfant justifiait de transférer sa résidence chez son père).

garantit la mise en conformité de la jurisprudence vis-à-vis des exigences de la Cour européenne des Droits de l'Homme¹. Néanmoins, l'enfant victime du conflit conjugal (A) n'est pas nécessairement protégé par l'intervention de la puissance publique dans la famille (B).

A/ L'enfant victime du conflit conjugal

427. Le dépassement de la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille. – Les conflits relatifs à l'autorité parentale ou les séparations conjugales sont une source de préjudice pour les mineurs, en particulier si « *l'enfant devient un enjeu, voir est mis en danger lorsque le conflit persiste et s'exacerbe* »². Une séparation conjugale fortement conflictuelle peut être à l'origine d'un contexte de dangerosité pour l'enfant et menacer son équilibre physique ou psychologique³, ce qui justifierait l'intervention du juge des enfants dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative⁴, en particulier si un SAP se développe⁵. Cette situation peut également autoriser la restriction du droit visite d'un parent qui n'exerce pas l'autorité parentale sur le fondement de motifs graves⁶. Elle peut même aboutir à confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des père et mère⁷ compte tenu du « *comportement particulièrement dépréciateur et dévalorisant* »⁸ de l'un de ses parents. De ce point de vue, il est permis de penser que l'enfant, confronté à une séparation parentale conflictuelle, relève de la conception classique de la notion

¹ Cour EDH, 22 septembre 2006, *Bianchi c/ Suisse*, req. n° 7548/04, § 99 - Cour EDH, 18 janvier 2007, *Zavrel c/ République Tchèque*, req. n° 14044/05, § 52 – Cour EDH, 2 septembre 2010, *Mincheva c/ Bulgarie*, req. n° 21558/03, § 99.

² MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, *Guide pratique Protection de l'enfance, Prévention en faveur de l'enfant et de l'adolescent*, Doc. fr., février 2008, p. 31. Également : JACQUEY-VASQUEZ (B.), RAYMOND (M.), SITRUK (P.), Rapport précité, Doc. fr., 2013, p. 20.

³ Le tribunal de grande instance de Toulon a ainsi relevé « *une forte immaturité affective chez ces enfants qui sont instrumentalisés et dont l'épanouissement personnel est en danger* » (TGI Toulon, 4 juin 2007, RG n° 04/00694 ; *Gaz. pal.*, 20 novembre 2007, n° 324, p. 11, note PANNIER (J.)).

⁴ CA Riom, 6 avril 1999, Jurisdata n° 1999-101932 (attitude manipulatrice de la mère tendant à détruire l'image paternelle) – CA Paris, 13 avril 2000, Jurisdata n° 2000-117064 – CA Colmar, 5 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-267456 – CA Amiens, 20 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-345747 (conflit aigu des parents se traduisant par des pressions et une manipulation des enfants) – CA Aix-en-Provence, 1^{er} juin 2012, RG n° 12/00080, 12/00081, 12/00083, *AJ fam.*, 2013, p. 177, obs. DOURIS (M.) (procédure d'assistance éducative diligentée après l'introduction d'une procédure de divorce) – CA Aix-en-Provence, 3 juillet 2013, RG n° 13/00072 – CA Amiens, 4 juillet 2013, RG n° 13/01161. L'intervention nécessaire du juge des enfants est parfois évoqué par des juridictions dans des espèces n'ayant pas trait à une procédure d'assistance éducative : CA Lyon, 4 avril 2011, RG n° 10/02888 – CA Douai, 23 juin 2011, RG n° 11/01914 – CA Rennes, 29 novembre 2011, RG n° 09/05222 – CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/06993.

⁵ Rép. min. Justice à question écrite n° 16593, *JO AN Q*, 18 juin 2013, p. 6454 ; CORPART (I.), « Pas de reconnaissance légale pour le syndrome d'aliénation parentale, note sur Rép. min. à question écrite n° 16593, *JO AN Q*, 18 juin 2013, p. 6454 », *RJPF*, 2013-9/38.

⁶ Absence de motifs graves : CA Rennes, 29 novembre 2011, RG n° 09/05222 – CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/06993. Voir également pour le refus d'un droit de visite, sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil, au profit de la compagne de la mère de l'enfant : CA Paris, 5 juin 2014, Jurisdata n° 2014-012983.

⁷ Art. 373-2-1, al. 1^{er}, C. civ.

⁸ Rép. min. Justice à question écrite n° 16593, *JO AN Q*, 18 juin 2013, p. 6454.

de mineur victime de sa famille. En réalité, il convient d'inclure cette catégorie d'enfant au sein de la conception moderne de la notion de mineur victime de sa famille.

L'enfant est considéré comme un objet qui peut être manipulé. L'un de ses parents le maintient volontairement dans une situation de dépendance afin de priver l'autre parent de l'enfant. Le père ou la mère s'attache à créer chez l'enfant un sentiment de dénigrement envers l'autre parent pour en conserver l'exclusivité. En réalité, l'enfant est plus qu'un objet de possession. Il est un objet d'aliénation étant donné qu'il devient l'enjeu de la séparation conjugale au point d'en perdre son libre arbitre¹. Il est l'instrument du conflit de ses parents². C'est en ce sens qu'il est la victime du conflit conjugal, ce d'autant plus si le lien parent-enfant est fragilisé. Deux types de situations peuvent être relevés³. Soit l'enfant est « *victime – enjeu de la séparation* », c'est-à-dire qu'il est l'objet du conflit des parents. Soit il est « *victime – arbitre de la séparation* ». Dans ce cas, l'enfant est instrumentalisé par les parents qui, incapables de prendre une décision, s'en remettent à sa parole⁴. Il devient un acteur du conflit familial. Dans ces situations, le juge aux affaires familiales est compétent pour trancher le conflit parental. Ce magistrat a vocation à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁵.

Le respect dû à la vie privée et familiale n'interdit pas l'intervention du juge dans la famille pour protéger l'enfant d'un péril⁶, notamment si celui-ci est victime d'un conflit conjugal. Le juge aux affaires familiales n'est toutefois compétent pour trancher « *un problème touchant aux conceptions éducatives [...] que si cette discorde parentale connaît des retentissements effectifs sur le présent et l'avenir proche des enfants* »⁷. A cet égard, ce magistrat est en mesure de confier un enfant à un tiers sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil dès lors que ce placement est susceptible d'apporter une stabilité ou de meilleures conditions de vie à l'enfant sur les plans physique et éducatif après une séparation parentale conflictuelle⁸. Il peut également décider de suspendre le droit de visite d'un parent en application de l'article 373-2-1, alinéa deuxième du Code civil. Par exemple, il existe un motif grave justifiant la suspension du droit de visite et d'hébergement du père sur ses deux enfants, lorsque son attitude provocante, son dénigrement systématique de la mère, son manque de dialogue entraîne un sentiment de rejet des enfants⁹.

¹ En ce sens : GANANCIA (D.), « L'audition de l'enfant et la médiation, Pour une nouvelle place de l'enfant dans le processus de médiation familiale », *AJ fam.*, 2009, p. 333. Pour l'auteur, l'enfant est un objet d'appropriation et de compétition entre les deux parents. Il est au centre du conflit parental et souvent aliéné au parent hébergeant.

² VAN KOTE (A.), « Les enfants et la médiation familiale », *AJ fam.*, 2009, p. 337.

³ JUSTON (M.), « L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant », *Dr. famille*, 2008, étude n° 10.

⁴ Le contentieux parental est alors à l'origine d'un conflit de loyauté pour l'enfant manipulé par ses parents.

⁵ Art. 373-2-6 C. civ. ; art. 1074-1 C. pr. civ.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 329.

⁷ CA Lyon, 9 septembre 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 666, obs. HAUSER (J.).

⁸ CA Colmar, 5 octobre 2004, *Jurisdata* n° 2004-267456.

⁹ CA Pau, 19 septembre 2011, *Jurisdata* n° 2011-023580.

Le doyen CARBONNIER avait déjà soulevé le problème de l'après divorce où le juge aux affaires familiales devait régler la question du « *partage de l'enfant* ». En effet, « *l'ombre de Salomon a hanté ce lieu. Il n'est plus question de couper en deux le corps de l'enfant. Mais il est toujours possible de découper son temps, son printemps, son amour* ». Aujourd'hui, avec « *l'autorité parentale conjointe, c'est tout le contraire d'un partage, c'est le maintien d'une indivision. Exit Salomon* »¹. Cette bataille parentale autour de l'enfant ne peut donc que nuire à son intérêt, ce d'autant plus si une résidence alternée est mise en place. Celle-ci ne constitue en réalité qu'une forme moderne du jugement de Salomon². C'est pourquoi « *la justice ne peut faire abstraction d'un contexte familial difficile, dans lequel la multiplication de contacts conflictuels entre les parents, du fait de la résidence alternée, est susceptible d'avoir des conséquences négatives sur l'enfant, à la fois d'un point de vue psychologique et matériel* »³.

428. La résidence alternée de l'enfant : un outil de prévention et de lutte contre l'aliénation parentale⁴. – L'alinéa premier de l'article 373-2-9 du Code civil permet de fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. En cas de désaccord des parents séparés sur le lieu de résidence de l'enfant, l'un d'entre eux peut saisir le juge aux affaires familiales afin de trancher cette question conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵. La résidence alternée ne constitue qu'une faculté pour le juge aux affaires familiales qui n'est pas tenu de l'ordonner. Elle permet d'assurer une prise en charge égalitaire des enfants par leurs parents et un maintien réel des liens familiaux⁶. La résidence alternée fait toutefois l'objet de vifs débats⁷, et sa généralisation comme mode de résidence de principe ne fait pas l'unanimité⁸. Elle n'est pas un droit des parents⁹ et n'est subordonnée qu'à

¹ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 444.

² BEIGNIER (B.), « De "l'enfant roi" au "parent roi" ? », *Dr. famille*, 2012, repère n° 1.

³ BRIAND (L.), « Résidence alternée et conflit parental », *AJ fam.*, 2011, p. 570.

⁴ En ce sens : JUSTON (M.), « De la coparentalité à la déparentalité. De la résidence alternée à la l'aliénation parentale », *AJ fam.*, 2011, p. 579.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2009, *Bull. civ. I*, n° 213. Voir également : CA Toulouse, 1^{er} juillet 2008, RG n° 07/04933 – CA Paris, 24 mars 2010, RG n° 09/01420.

⁶ Au demeurant, l'intérêt de l'enfant peut imposer un partage inégal du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents dans le cadre de la résidence alternée (Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, *Bull. civ. I*, n° 156).

⁷ GOLSE (B.), « Résidence alternée, point de vue d'un pédopsychiatre », *AJ fam.*, 2012, p. 44.

⁸ MOUREAU (F.), « La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ? », *AJ fam.*, 2011, p. 576 ; DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAUX, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA COHÉSION SOCIALE, *Rapport sur les réflexions du groupe de travail sur la coparentalité*, « Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés », *Doc. fr.*, 2014, p. 18 et s. Des propositions de lois ont été déposées en ce sens : *Proposition de loi n° 3834 visant à préserver l'autorité partagée et à privilégier la résidence alternée pour l'enfant en cas de séparation des parents*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature ; *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, art. 7.

⁹ LASBATS (M.), « Résidence alternée et besoins de l'enfant : l'opinion des psychologues », *AJ fam.*, 2005, p. 140.

l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle n'est donc pas appropriée lorsqu'il existe un contexte parental très conflictuel¹ ou encore si elle ne semble pertinente que sous l'angle de l'intérêt personnel d'un parent. En effet, la résidence alternée peut permettre à un père ou une mère de ne pas se sentir dépossédé de l'enfant², ce qui n'est pas l'objectif de ce mode de résidence du mineur. Il n'en demeure pas moins que la résidence alternée peut être imposée par le magistrat, nonobstant « *des tensions parentales dès lors qu'elle reste conforme à l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire lorsqu'il est établi qu'il demeure épanoui et stable entre ses deux parents malgré le conflit* »³.

La résidence alternée permet d'anticiper l'apparition d'un SAP. Elle permet de rappeler, par l'intermédiaire du juge aux affaires familiales, l'importance du principe de coparentalité et que chaque parent doit disposer d'un rôle dans l'éducation de l'enfant⁴. Dans le même sens, la résidence alternée est une réponse pour lutter contre un SAP constaté chez l'enfant, privé de l'un de ses parents en raison de la volition du parent aliénant. La résidence alternée est susceptible de créer une limite à la volition du père ou de la mère aliénant afin de garantir les liens familiaux de l'enfant avec ses deux parents. L'office du juge aux affaires familiales consiste alors à sensibiliser chaque parent sur son rôle éducatif vis-à-vis du mineur et sur le fait que l'enfant ne peut pas être responsable de leur choix de vie⁵. La cour d'appel de Montpellier a par ailleurs affirmé que la résidence alternée est le meilleur moyen pour mettre en œuvre l'article 373-2, alinéa deuxième du Code civil selon lequel « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* »⁶. Ce mode de résidence de l'enfant est donc un « *rempart à l'éviction d'un parent par l'autre et permettant de maintenir l'équilibre affectif des enfants, déjà trop perturbés par le conflit parental* »⁷. Elle permet de garantir un équilibre entre le père et la mère dans la vie de l'enfant, notamment si l'un d'eux se montre particulièrement malveillant. Pour l'enfant, le fait de vivre partiellement avec chacun de ses parents évite qu'il ne soit uniquement soumis à l'influence du parent aliénant⁸. Cela est d'autant plus vrai que les parents doivent prendre conscience de la nécessité de « *composer* » avec la présence de l'autre⁹. La cour d'appel de Paris a même précisé que chacun des parents « *doit être attentif au respect des droits de l'autre parent, et à ne pas détériorer l'image de l'autre parent,*

¹ CA Lyon, 6 juin 2006, RG n° 05/07731.

² CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/02726. Voir également : CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/06122 – CA Rennes, 9 mai 2012, RG n° 10/00352 – CA Nouméa, 29 octobre 2012, RG n° 11/00461 – CA Rennes, 27 novembre 2012, RG n° 11/06003.

³ CORPART (I.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011, § 95.

⁴ JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2011, p. 579.

⁵ En ce sens : JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2011, p. 579.

⁶ CA Montpellier, 25 janvier 2011, RG n° 09/08703.

⁷ CA Dijon, 15 mai 2009, RG n° 08/02013.

⁸ CA Lyon, 18 avril 2011, RG n° 09/01776.

⁹ CA Lyon, 23 janvier 2012, RG n° 11/01030.

voire même des grands-parents, vis-à-vis des enfants »¹. L'entente du couple parental et l'accord des père et mère ne sont pas une condition à la résidence alternée. Le désaccord des parents n'interdit pas au juge de mettre en place une résidence alternée si cela s'avère conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant². Plusieurs juridictions du fond ont ainsi mis en avant l'importance de maintenir ou de rétablir des relations personnelles avec ses deux parents, nonobstant l'existence d'un conflit parental³.

Certaines juridictions du fond conditionnent la résidence alternée à une entente minimale entre les père et mère⁴, sachant que la mésentente parentale n'entraîne pas *de facto* l'impossibilité d'une résidence alternée⁵. Cela signifie que le conflit conjugal ne doit pas rendre impossible tout dialogue parental. La résidence alternée « exige des conditions minimales de respect mutuel »⁶ et « une entente minimum sur les questions touchant à l'éducation des enfants »⁷. C'est la raison pour laquelle certains magistrats imposent implicitement un accord des parents pour la mise en place d'une résidence alternée⁸, notamment si elle devient une cause d'aliénation parentale.

¹ CA Paris, 20 septembre 2012, RG n° 10/12609.

² CA Caen, 18 mars 2010, RG n° 09/00571 – CA Metz, 11 mai 2010, RG n° 09/01421. Voir également : CA Bastia, 23 décembre 2003, RG n° 03/00953 – CA Saint-Denis de la Réunion, 26 décembre 2003, RG n° 02/01942.

³ CA Douai, 3 mars 2001, RG n° 10/08047 – CA Grenoble, 21 avril 2009, RG n° 08/02630 – CA Rennes, 9 juin 2009, RG n° 07/03186 – CA Basse-Terre, 21 septembre 2009, RG n° 08/00851 – CA Angers, 11 janvier 2010, RG n° 06/00675 – CA Aix-en-Provence, 14 janvier 2010, RG n° 09/03138 – CA Bordeaux, 1^{er} février 2010, RG n° 09/02012 – CA Montpellier, 9 février 2010, RG n° 09/01559 – CA Nîmes, 8 septembre 2010, RG n° 10/01902 – CA Lyon, 16 septembre 2010, RG n° 08/08774 – CA Rouen, 7 octobre 2010, RG n° 09/05181 – CA Nîmes, 20 octobre 2010, RG n° 08/05052 – CA Riom, 26 octobre 2010, RG n° 09/02130 – CA Pau, 16 novembre 2010, RG n° 09/03615 – CA Paris, 25 novembre 2010, RG n° 09/17105 – CA Versailles, 16 décembre 2010, RG n° 09/09533 – CA Douai, 22 juillet 2011, RG n° 11/04027.

⁴ CA Poitiers, 28 janvier 2009, RG n° 08/01753 – CA Reims, 6 mars 2009, RG n° 08/01412 – CA Poitiers, 8 avril 2009, RG n° 07/01164 – CA Dijon, 17 avril 2009, RG n° 08/00469 – CA Poitiers, 6 mai 2009, RG n° 08/01378 – CA Bourges, 5 novembre 2009, RG n° 09/00510 – CA Riom, 9 mars 2010, RG n° 09/01237 – CA Nîmes, 7 avril 2010, RG n° 09/01257 – CA Poitiers, 28 avril 2010, RG n° 07/03481 – CA Poitiers, 26 mai 2010, RG n° 09/00746 – CA Douai, 27 mai 2010, RG n° 10/00931 – CA Poitiers, 9 juin 2010, RG n° 09/03391 – CA Poitiers, 23 juin 2010, RG n° 09/02808 – CA Amiens, 23 juin 2010, RG n° 09/05180 – CA Toulouse, 12 juillet 2010, RG n° 09/03659 – CA Toulouse, 9 août 2010, RG n° 09/04123 – CA Toulouse, 9 août 2010, RG n° 09/04141 – CA Poitiers, 1^{er} septembre 2010, RG n° 09/00039 – CA Rouen, 7 octobre 2010, RG n° 10/01746 – CA Rouen, 25 novembre 2010, RG n° 09/01173 – CA Rouen, 9 décembre 2010, RG n° 10/00764.

⁵ CA Aix-en-Provence, 16 décembre 2005, RG n° 03/15312 – CA Aix-en-Provence, 2 février 2006, RG n° 04/19946 – CA Dijon, 27 juillet 2006, RG n° 05/00139 – CA Aix-en-Provence, 3 octobre 2006, RG n° 05/14296 – CA Lyon, 21 novembre 2006, RG n° 06/02333 – CA Rennes, 11 février 2008, RG n° 05/07247.

⁶ CA Toulouse, 9 août 2010, RG n° 09/04123.

⁷ CA Toulouse, 9 août 2010, RG n° 09/04141.

⁸ GOUTTENoire (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.82. En ce sens : GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 180 et s. Exemples jurisprudentiels : CA Douai, 29 octobre 2003, Jurisdata n° 2003-236161 – CA Aix-en-Provence, 4 novembre 2003, Jurisdata n° 2003-225786 – CA Paris, 23 juin 2004, Jurisdata n° 2004-244300 – CA Fort-de-France, 27 avril 2012, RG n° 10/00793 – CA Nouméa, 29 octobre 2012, RG n° 11/00461 – CA Rennes, 15 janvier 2013, RG n° 11/08100.

429. La résidence alternée : une cause d'aliénation parentale¹. – Le recours à une résidence alternée n'est pas toujours envisageable, même si la mésentente des parents « *ne constitue pas un obstacle dirimant* »² à sa mise en œuvre. Il n'en demeure pas moins qu'elle peut favoriser le développement d'une aliénation parentale. Ce mode de résidence produit alors un effet inverse. Il contribue à éloigner l'enfant de l'un de ses parents compte tenu du comportement de l'un d'entre eux. En effet, si les père et mère ne s'entendent pas, l'application stricte du principe de coparentalité peut conduire à un conflit entre les parents, dont l'enjeu est la résidence alternée³. Ces derniers cherchent alors à discréditer l'autre aux yeux de l'enfant⁴. Dans certains cas, il existe donc un refus de principe des magistrats d'ordonner la résidence alternée⁵.

La cour d'appel de Paris a ainsi refusé la résidence alternée sollicitée par le père, étant donné que l'instauration d'une résidence alternée « *passé aussi, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, par une attitude, sinon bienveillante, du moins neutre et en tout cas dénuée de tout dénigrement à l'égard de l'autre parent dont le rôle doit être respecté, les deux parents étant, avec leurs qualités et leurs défauts, irremplaçables auprès de leurs enfants qui ont besoin pour se construire d'en avoir une image valorisée* »⁶. La cour d'appel de Versailles a adopté une position similaire dans un arrêt du 4 mars 2008⁷. Elle a notamment estimé que « *les relations extrêmement conflictuelles entre les parents et la dévalorisation incessante du rôle maternel* » ne permettaient pas la résidence alternée. La Cour de cassation a approuvé ce raisonnement dans une décision du 3 mars 2009. Elle a relevé qu'en raison « *de graves dissensions entre les parents, le régime d'une résidence alternée n'apparaissait pas compatible avec les besoins d'épanouissement et d'équilibre de l'enfant* » et qu'il y avait lieu d'organiser les contacts de l'enfant avec son père « *suivant une période appropriée à la résorption des tensions familiales* »⁸. Afin de garantir le développement positif et la sécurité affective du mineur, une juridiction du fond a pris en compte l'amertume persistante d'un parent, qui n'a pas accepté la séparation et qu'il transmet à l'enfant, pour refuser la résidence alternée⁹. L'impossibilité des parents à permettre à chacun d'eux de pouvoir communiquer par téléphone avec l'enfant quand il est au domicile de l'autre¹⁰, ou encore les critiques réciproques et acerbes que les

¹ En ce sens : JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2011, p. 579.

² MULON (E.), « La résidence alternée », *Gaz. pal.*, 17 mars 2012, n° 77, p. 7.

³ La résidence alternée peut ainsi constituer un moyen de continuer le combat conjugal au détriment de l'enfant.

⁴ En ce sens : JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2011, p. 579.

⁵ Exemples : CA Toulouse, 15 juin 2010, RG n° 09/02833 – CA Chambéry, 13 décembre 2010, RG n° 10/00944.

⁶ CA Paris, 11 juillet 2008, RG n° 07/15819.

⁷ CA Versailles, 4 mars 2008, RG n° 07/2580.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 2009, *Bull. civ. I*, n° 42.

⁹ CA Rennes, 2 octobre 2012, RG n° 10/04078. Voir également : CA Lyon, 9 janvier 2012, RG n° 10/08444 – CA Bastia, 19 septembre 2012, RG n° 10/00802.

¹⁰ CA Rennes, 15 janvier 2013, RG n° 11/077351.

parents s'adressent¹ ne peuvent autoriser la mise en place d'une résidence alternée. De ce point de vue, il semblerait qu'il n'existe aucune solution idéale afin d'assurer une protection effective du mineur. Les outils légaux à disposition des magistrats, s'ils permettent de protéger l'enfant victime de sa famille, peuvent également contribuer à alimenter la situation préjudiciable à l'enfant. C'est la raison pour laquelle, il ne paraît pas pertinent de poser en principe la double domiciliation du mineur auprès de chacun de ses père et mère.

La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant envisage de fixer la résidence de l'enfant au domicile de chacun de ses parents, la fixation de la résidence de l'enfant au domicile de l'un des parents n'étant possible qu'à titre exceptionnel². Si le temps de résidence de l'enfant auprès de chacun de ses père et mère ne doit pas être égal, le législateur souhaite cependant supprimer l'alternative entre résidence alternée ou résidence chez l'un des parents³. L'idée consiste à donner aux parents la possibilité de choisir l'organisation pratique la plus conforme à l'intérêt de l'enfant⁴. Le législateur fait valoir qu'il s'agit du « *seul mode de résidence permettant à l'enfant de conserver des liens équilibrés avec chacun de ses parents et assurant l'égalité des parents* »⁵. Au demeurant, est-il de l'intérêt supérieur de l'enfant d'alterner les temps de résidence au domicile de chacun de ses parents ? En effet, l'alternance de l'hébergement risque de déstabiliser l'enfant, dont le temps serait partagé entre ses parents au cours de l'année. La volonté de chaque parent de conserver absolument un lien avec l'enfant égal⁶ à celui de l'autre ne pourrait-il pas *in fine* nuire au mineur ? Le partage de l'enfant⁷, réalisé *in abstracto*, ne correspond en réalité qu'à la volition des adultes, ce qui aboutit à faire de l'enfant un objet d'aliénation, privé de son libre-arbitre et dont l'intérêt est sacrifié sur l'autel de l'individualisme parental. Ce mode de résidence ne favoriserait que l'intérêt des parents ou de l'un d'entre eux, au détriment de celui de l'enfant. Il ne résoudrait pas non plus les problèmes posés par le SAP. C'est pourquoi il importe de ne prendre en considération que l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités de l'autorité parentale après la séparation des père et mère.

¹ CA Douai, 7 juin 2012, RG n° 11/05226.

² *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 7. Cette proposition est issue du rapport sur la médiation familiales et les contrats de co-parentalité (JUSTON (M.), GARGOULLAUD (S.), *Médiation familiale et contrats de co-parentalité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 26). Voir déjà : *Proposition de loi n° 3834 visant à préserver l'autorité partagée et à privilégier la résidence alternée pour l'enfant en cas de séparation des parents*, *Doc. AN, XIII^{ème} législature*.

³ CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925 précité*, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 80.

⁴ CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925 précité*, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 17.

⁵ CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925 précité*, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 17.

⁶ Il convient cependant de noter que la fixation de la résidence de l'enfant auprès de chacun de ses parents n'implique pas « *une répartition égale des temps de présence chez chacun d'entre eux* » (CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925 précité*, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 17).

⁷ Sur ce point, il est possible de se reporter au roman de Jean-Denis BREDIN (BREDIN (J.-D.), *Un enfant sage*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 1990).

Cette mesure, qui contribue à assurer l'égalité entre les parents, ne prend pas en considération les conséquences préjudiciables qu'elle peut avoir pour l'équilibre du mineur, dont l'intérêt est de vivre dans un cadre stable et sécurisant. C'est à cette condition que l'enfant n'appartiendra pas à cette catégorie moderne de mineur victime de sa famille.

B/ L'incomplétude de la protection du mineur

430. Conflit conjugal et exercice de l'autorité parentale : l'indétermination de la solution. – Par principe, la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale¹. Il est néanmoins possible que l'un des père et mère utilise l'enfant pour porter atteinte à l'autre². C'est la raison pour laquelle un exercice exclusif de l'autorité parentale pourrait être envisagé si cela s'avère conforme à l'intérêt de l'enfant³.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 janvier 2008, a considéré que « *l'existence d'un conflit aigu entre les parents n'interdit pas un exercice en commun de l'autorité parentale qui permet au contraire que tous deux restent concernés par le devenir des enfants* »⁴. En d'autres termes, l'exercice conjoint permet de maintenir l'existence du couple parental et le processus de décision commun, malgré la dissolution du couple conjugal. L'enfant conserve des liens avec chacun de ses parents, ce qui évite une rupture des relations parents-enfants qui ne peut être que préjudiciable au mineur. Dans des termes similaires, la cour d'appel de Lyon a jugé que les ressentiments de l'épouse ne devaient pas trouver leur issue dans « *un retrait de l'autorité parentale* »⁵, perçu manifestement comme une sanction à l'encontre du père, qu'elle sollicite par ailleurs aisément par e-mail en cas de besoin. Les juges du fond ajoutent que la demande de la mère contribue à éloigner un peu plus l'image paternelle de la vie des enfants⁶. Le monopole de l'exercice de l'autorité parentale n'a donc pas été attribué à la mère. L'intensité du conflit parental est insuffisante pour déroger au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale⁷. A nouveau, les juges du fond ont maintenu le principe de coparentalité dans l'intérêt

¹ Art. 373-2, al. 1^{er} C. civ.

² CA Aix-en-Provence, 8 juin 2006, Jurisdata n° 2006-316465 – CA Rouen, 19 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-317494 – CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371.

³ Art. 373-2-1, al. 1^{er} C. civ.

⁴ CA Paris, 10 janvier 2008, RG n° 06/11349. Dans le même sens : CA Paris, 15 mai 2003, Jurisdata n° 2003-218571 – CA Lyon, 4 avril 2011, RG n° 10/01258.

⁵ Il s'agit de l'expression utilisée par la juridiction d'appel.

⁶ CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/02732.

⁷ CA Paris, 14 mars 2001, Jurisdata n° 2001-137838. Voir également : CA Paris, 13 juin 2013, Jurisdata n° 2013-012172.

de l'enfant qui doit conserver des liens avec chacun de ses père et mère. Ce n'est cependant pas la position adoptée par la cour d'appel de Douai dans un arrêt du 3 février 2011¹.

Dans cette espèce, les magistrats douaisiens ont relevé que le père était enclin à la violence physique et qu'il ne contredisait pas la persistance de conflits aigus avec la mère. Le climat d'extrême tension qu'il s'évertue à entretenir avec son ancienne compagne est susceptible d'altérer les relations avec l'enfant et *a fortiori* d'entraîner une aliénation parentale, ce qui ne crée à l'évidence pas les conditions d'une communication apaisée minimale entre les parents. L'exercice de l'autorité parentale a été unilatéralement confié à la mère². Cette solution n'est pas nouvelle. En 2001, la cour d'appel de Montpellier a estimé que l'autorité parentale devait être exercée exclusivement par la mère en raison de la relation conflictuelle des parents, de l'état mental du père qui cherche à rejeter sur les autres les responsabilités du dysfonctionnement de son couple, de son pouvoir destructeur et de culpabilisation des autres, alors que la mère présente des aptitudes éducative et morale favorables³. De la même manière, lorsque « *ni le père ni la mère n'ont su préserver les enfants du conflit les opposant* »⁴, il convient de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents selon la cour d'appel de Lyon⁵. Les juges lyonnais ont mis en évidence la « *conjugopathie* » des parents aboutissant à une « *dégradation de l'image parentale de chacun dans l'esprit de l'autre* » et à une « *impossible direction commune des enfants communs* »⁶. A cet égard, le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale est un vecteur de l'aliénation parentale, chacun des parents dénigrant l'autre auprès des enfants. La protection de l'enfant objet d'aliénation impose donc de recourir à un exercice unilatéral de l'autorité parentale. En outre, la juridiction d'appel de Lyon, pour attribuer l'exclusivité de l'exercice de l'autorité parentale à la mère, a pris en compte la volonté des enfants qui s'opposent au père⁷. Les mineurs sont dès lors devenus les arbitres d'un conflit conjugal, que les parents aurait justement dû dépasser dans leur intérêt supérieur⁸. Les enfants sont victimes du comportement de leur père et de leur mère. Ils ont été instrumentalisés par leurs parents, qui s'en

¹ CA Douai, 3 février 2011, RG n° 10/05337.

² Les juges relèvent surtout que « *l'interdiction de tout contact entre les parties telle que prescrite dans le cadre de la mise à l'épreuve prononcée par jugement [...] s'oppose à l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui suppose la prise en commun des grandes décisions relatives à l'éducation des enfants* ».

³ CA Montpellier, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-141380 (le droit de visite du père a également été réservé).

⁴ MBALA MBALA (F.), « Un père privé de l'exercice de l'autorité parentale et de son droit de visite et d'hébergement, note sous CA Lyon, 19 décembre 2011 », *AJ fam.*, 2012, p. 144.

⁵ CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307.

⁶ Les magistrats ajoutent qu'il n'existe aucun dialogue entre les parents et qu'il « *n'est pas réaliste de soumettre à ce conflit le règlement des besoins des enfants au quotidien ni les décisions devant être prises dans le cadre d'un accord parental* », ce d'autant plus qu'ils ne peuvent citer une pratique parentale antérieure commune selon l'article 373-2-11, 1° du Code civil. Dans le même sens : CA Reims, 29 avril 1999, Jurisdata n° 1999-041587 – CA Montpellier, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-141380 – CA Bastia, 19 avril 2011, RG n° 09/00235.

⁷ Art. 373-2-11, 2° C. civ.

⁸ MBALA MBALA (F.), précité, *AJ fam.*, 2012, p. 144.

remettent à leur parole en raison de leur incapacité à prendre une décision. Les enfants sont un moyen de continuer le conflit conjugal alors que l'attribution de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale ne devrait pas dépendre de leur seule volonté¹.

431. L'échec du droit de visite médiatisé. – Suite à une séparation conjugale conflictuelle, le juge aux affaires familiales peut décider d'organiser un droit de visite dans un espace de rencontre organisé à cet effet² soit lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent, qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale, l'exige³, soit au profit du parent qui n'a pas la résidence de l'enfant, mais qui exerce en commun l'autorité parentale, si l'intérêt de l'enfant le commande⁴. Il est possible que l'un des parents contribue à aggraver la situation et à rendre les rapports familiaux plus difficiles. L'enfant est alors l'otage de la séparation de ses parents⁵. Il est « victime – enjeu de la séparation » selon Monsieur Marc JUSTON⁶. Par exemple, un droit de visite médiatisé dans un point rencontre a été octroyé à la mère, dont les enfants ont la résidence habituelle au domicile du père depuis plus d'un an, en raison du conflit parental aigu dont ils sont l'enjeu. Les parents s'accusent mutuellement de mauvais traitements voire de sévices sexuels même si aucune suite judiciaire n'a été donnée aux plaintes déposées⁷.

La médiatisation du droit de visite se concentre sur l'objectif de protection de l'enfant et le maintien des liens familiaux⁸, mais elle consacre simultanément une atteinte aux droits parentaux. Elle vide ces derniers de leur substance. Cela est particulièrement vrai pour le parent, privé de l'exercice de l'autorité parentale après la séparation conjugale, qui ne peut exercer ses droits que dans le cadre d'un droit de visite médiatisé, tandis que « *l'autre vit quotidiennement*

¹ La Cour de cassation retient que l'exercice du droit de visite et d'hébergement des parents ne doit pas être soumis à la condition uniquement potestative de la volition des enfants (Cass. civ. 2^{ème}., 7 octobre 1987, *Bull. civ. I*, n° 190 – Cass. civ. 2^{ème}., 11 octobre 1995, *Bull. civ. II*, n° 232 – Cass. civ. 1^{ère}., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 103 – Cass. civ. 1^{ère}., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 276 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2013, n° 11-22.770 ; voir également : Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, *Bull. civ. I*, n° 202 – Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-15.677). Si les juges du fond ne peuvent pas déléguer leur pouvoir de décision en matière de fixation du droit de visite et d'hébergement, cela devrait également être le cas lorsqu'ils se prononcent sur l'exercice de l'autorité parentale étant donné que les droits de l'un des parents peuvent être durablement impactés par cette décision du magistrat.

² Dans certaines situations, lorsque le conjoint, le partenaire ou le concubin auteur de violences conjugales a été évincé du domicile familial, le maintien des liens unissant ce parent à ses enfants peut être réalisé par l'intermédiaire d'un droit de visite médiatisé afin de garantir la sécurité du parent victime, mais aussi celle des mineurs, victimes indirectes des violences conjugales. Tout comportement violent ou agressif du parent auteur peut ainsi être évité, ce d'autant plus qu'il n'entre pas en contact avec le parent victime (art. 373-2-1, al. 4 et 373-2-9, al. 2 C. civ. ; *infra*. § 597).

³ Art. 373-2-1, al. 3 C. civ.

⁴ Art. 373-2-9, al. 3 C. civ.

⁵ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2009, p. 941.

⁶ JUSTON (M.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 10.

⁷ CA Bordeaux 10 janvier 2013, *Juridata* n° 2013-000250.

⁸ En ce sens : JUSTON (M.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 19.

sans limite et sans contrôle avec l'enfant »¹. L'inégalité des parents est donc accrue dans cette situation. Pareillement, le droit de visite médiatisé remet en cause le principe de la coparentalité lorsque les parents ont l'exercice en commun de l'autorité parentale. En principe, le parent résidant est placé à égalité de droits avec le parent non résidant, notamment pour tout ce qui concerne le droit de voir l'enfant et la codirection du mineur. Le législateur a créé une rupture d'égalité entre les parents par la réduction des droits de celui qui n'a pas la résidence de l'enfant. Ce dernier n'est plus libre de voir son enfant quand et où il le désire. Il est traité comme le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale. Il n'en demeure pas moins que la médiatisation du droit de visite peut se justifier dans des situations où elle permet de réduire l'intensité du conflit conjugal. Le législateur² a admis « *qu'un conflit destructeur dont l'enfant est l'enjeu demeure en dépit de l'égalité des parents* »³. Le mineur peut être la victime de sa famille lors d'une séparation parentale conflictuelle en raison de l'instrumentalisation dont il peut faire l'objet⁴.

Le droit de visite médiatisé ne permet pas véritablement le maintien d'une vie familiale et la résolution des conflits conjugaux. Il ne garantit au contraire qu'une sauvegarde des liens familiaux par un simple contact entre le parent et son enfant. La médiatisation du droit de visite implique *de facto* la suppression du droit d'hébergement. Elle accroît l'éloignement du mineur vis-à-vis de son parent et contribue à alimenter une éventuelle aliénation parentale. Le recours à un espace de rencontre « *induit une relation qui n'est pas naturelle et qui ne peut être que temporaire* »⁵, c'est-à-dire que cette modalité du droit de visite ne peut être utilisée que pour un temps limité et nécessaire à la restauration de la relation familiale ou à la résolution d'une situation de crise dans la famille. Certaines décisions de justice ont constaté que le droit de visite médiatisé entraînait une réduction légale des droits des parents, mais surtout qu'elle ne permettait pas le développement ou le maintien d'une relation entre l'enfant et ses parents. La cour d'appel de Poitiers a jugé que les rencontres entre le père et son enfant dans un lieu neutre « *sont artificielles et ne permettent pas la création d'un lien affectif suffisant entre le père et sa fille* »⁶. De la même manière, la cour d'appel de Lyon a estimé que « *le maintien de visites en lieu neutre ne se justifie plus au bout de deux ans et demi* » et « *qu'il ne peut que constituer un obstacle à l'établissement d'une relation nourrie d'expériences partagées par le père et sa fille* »⁷. Dans une autre espèce, la même juridiction a considéré que le maintien d'un droit de visite dans un milieu

¹ NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2009, p. 941.

² L. n° 2007-293 précitée.

³ NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2009, p. 941.

⁴ VAN KOTE (A.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 337 ; GANANCIA (D.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 264.

⁵ JUSTON (M.), précité, *Dr. famille*, 2012, étude n° 19.

⁶ CA Poitiers, 15 septembre 2010, Jurisdata n° 2010-028889.

⁷ CA Lyon, 9 mai 2011, Jurisdata n° 2011-009497.

neutre se présente comme une illusion du respect des droits d'un père qui doit s'accorder avec le respect de ses enfants d'être considéré pour eux-mêmes et non comme un moyen de continuer un conflit conjugal. C'est pourquoi ces visites ne permettent nullement la rencontre affective et le ré-appropriation respectif. Ces éléments ont justifié la suspension du droit de visite du père par la juridiction d'appel¹, ce dernier devant entreprendre des soins ou un suivi psychologique lui permettant de retrouver son rôle de père auprès de ses enfants et de sortir de l'impasse personnelle dans laquelle il se trouve du fait de la rupture du lien conjugal. Un conflit de loyauté sévère² a aussi pu justifier l'inutilité d'un droit de visite médiatisé entre le parent et l'enfant alors même que les autorités publiques doivent déployer des efforts suffisants pour rendre effectif les modalités du droit de visite médiatisé d'un parent rejeté par son enfant³.

§ 2/ L'enfant et les violences conjugales

432. Une reconnaissance législative tardive. – Avec la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants⁴, le législateur a pris en considération les conséquences physiques et/ou psychologiques des violences conjugales sur les enfants⁵. Cette situation était toutefois déjà prise en compte implicitement par le droit, tant en matière d'assistance éducative⁶ que devant le juge aux affaires familiales lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁷. Il n'en demeure pas moins qu'un texte concerne pour la première fois les victimes directes comme les victimes indirectes de ces violences⁸. C'est pourquoi il est nécessaire de constater que le rattachement de cette catégorie de mineur à la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille ne paraît pas adaptée (A). La qualité de victime leur a été expressément reconnue par la loi (B). La protection de ces mineurs est effectivement organisée au

¹ CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307.

² CA Paris, 17 septembre 2013, Jurisdata n° 2013-019877.

³ Cour EDH, 28 mai 2005, *Plasse-Bauer c/ France*, req. n° 21342/02, § 58.

⁴ L. n° 2010-769 précitée.

⁵ La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 7 avril 2011 prend également en compte l'impact des violences conjugales sur les mineurs (préambule). Elle a pour objectif la protection et le soutien des enfants victimes de violence domestique (article 26). Signée par la France le 11 mai 2011, la ratification de cette Convention a été autorisée par le législateur le 14 mai 2014 (L. n° 2014-476 du 14 mai 2014 autorisant la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, *JO*, 15 mai 2014, p. 8033). Cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014. Pour la France, l'entrée en vigueur a néanmoins été fixée au 1^{er} novembre 2014, comme pour Malte et la Suède. Certaines dispositions de droit interne ont cependant déjà été adaptées aux exigences de cet engagement international en 2013 (L. n° 2013-711 précitée, art. 19 et 20).

⁶ CA Montpellier, 18 avril 2006, Jurisdata n° 2006-315406. Voir également : CA Rouen, 5 avril 2011, Jurisdata n° 2011-007979.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, n° 09-13.686. *Contra*. : CA Douai, 24 mars 2011, RG n° 10/05424.

⁸ CORPART (I.), précité, *Dr. famille*, 2010, étude n° 28.

sein d'un titre XIV du Code civil intitulé « *des mesures de protection des victimes de violences* ». L'enfant ne serait donc pas en danger. Il est la victime indirecte de violences conjugales.

A/ L'inadaptation du rattachement du mineur à la catégorie classique d'enfant en danger

433. Un mineur *a priori* en danger. – Il est désormais admis que « *les violences conjugales perpétrées dans [la] famille constitu[ent] un danger pour les enfants, pour leur développement et leur équilibre et qu'une protection physique et plus encore psychologique était nécessaire* »¹, bien qu'il ne soit pas indispensable que l'enfant subisse un préjudice physique². Des conséquences psychiques peuvent suffire, notamment lorsque la mère est victime d'insultes, de menaces de mort et de violences physiques répétées, parfois en présence de l'enfant³ et alors même qu'il a fait l'objet d'un placement provisoire en assistance éducative⁴. Les mineurs confrontés à des situations de violence conjugale subissent *a minima* un danger psychologique, celles-ci étant souvent associées à des mauvais traitements directs à l'encontre de l'enfant. Ainsi, l'article 515-9 du Code civil a prévu l'intervention du juge aux affaires familiales si des violences conjugales plaçaient, outre la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants en danger.

Dorénavant, les violences conjugales sont expressément reconnues comme une source de danger par la loi, même si c'était déjà le cas précédemment. Elles constituent une forme de maltraitance psychologique pour l'enfant, ce d'autant plus qu'elles se conjuguent souvent à des conditions de vie inadaptées⁵, voire à des mauvais traitements ou des négligences envers l'enfant⁶. Elles constituent un danger ou un risque de danger⁷ et justifient l'intervention du juge des enfants⁸. De ce fait, l'enfant est victime de sa famille en ce qu'il est particulièrement exposé à un danger ou à un risque de danger. Au demeurant, pour que le juge des enfants intervienne, il faut que la séparation parentale, dans un contexte de violences conjugales, mette en danger

¹ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 64. Dans le même sens : CARIO (R.), *L'enfant exposé aux violences conjugales, Vers un statut spécifique ?*, Paris : L'Harmattan, 2012, p. 11 et s.

² Ce peut être le cas : CA Limoges, 14 mars 2011, RG n° 10/01718.

³ CA Paris, 6 juillet 2011, RG n° 11/03733 (l'appel interjeté ne portait que sur l'exercice de l'autorité parentale).

⁴ CA Limoges, 23 janvier 2012, RG n° 11/00694 ; Jurisdata n° 2012-0010580.

⁵ ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport précité, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 16.

⁶ ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport précité, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 37.

⁷ ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport précité, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 13.

⁸ CA Montpellier, 18 avril 2006, Jurisdata n° 2006-315406 – CA Rouen, 5 avril 2011, Jurisdata n° 2011-007979.

l'enfant¹. C'est la condition de sa saisine². De ce point de vue, les conditions de saisine du juge aux affaires semblent plus aisées à réunir dès lors que la preuve des violences conjugales est rapportée³. La compétence de ce magistrat justifie le rattachement de l'enfant confronté à des violences conjugales à cette catégorie moderne d'enfant victime de sa famille. En effet, le juge des enfants est par principe le juge du danger. Or, conférer au juge aux affaires familiales la compétence de protéger le mineur dans cette configuration familiale, où un danger peut être caractérisé, témoigne de la volonté du législateur de prendre spécifiquement en considération cette catégorie de mineur victime de sa famille. Dans le même sens, considérer les violences conjugales comme une source de danger ou de risque de danger autonome paraît démontrer que l'enfant n'est pas uniquement en danger. Cela est d'autant plus vrai que les enfants confrontés à des violences conjugales sont désignés comme des victimes du comportement parental dans le Code civil et non comme des enfants en danger.

Les situations de violences conjugales constituent avant tout des hypothèses « *où les faits de violences (agressions physiques, sexuelles, verbales, psychologiques, économiques) sont à la fois récurrents, souvent cumulatifs, s'aggravent et s'accroissent [...] et sont inscrits dans un rapport de force asymétrique (dominant/ dominé) et figé* »⁴. Elles sont l'expression d'une domination et traduisent la volonté de leur auteur d'aliéner la volonté de l'enfant. Le mineur confronté à des violences conjugales serait privé de son libre arbitre. De ce point de vue, le parent violent serait un mauvais parent alors qu'auparavant, la violence de l'un envers l'autre n'était pas nécessairement une source de danger pour le mineur⁵. Le caractère sacré du lien parent-enfant est remis en cause. Le couple parental ne survivra pas au couple conjugal⁶.

B/ La reconnaissance de la qualité de victime au profit de l'enfant

434. Enfant exposé ou victime des violences conjugales ? – Les « *enfants vivant dans un contexte familial de violences conjugales ne sont pas forcément les victimes directes de la violence de leur [parent]. Cependant, témoins des cris, des coups ou des effets de ceux-ci sur*

¹ En ce sens : DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique précité*, Doc. fr., 2008, p. 64 et 170 et s.

² *Supra*. § 101.

³ *Supra*. § 108.

⁴ ONED, *Les enfants exposés aux violences au sein du couple, quelles recommandations pour les pouvoirs publics*, rapport précité, Oned Editeur, 2008. p. 8

⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), « Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes », *RLDC*, 2010/75, n° 3970. En ce sens : POMART-NOMDEDEO (C.), « Volte-face législative, ou chronique de la mort annoncée du principe de survie du couple parental au-delà du couple conjugal », *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

⁶ POMART-NOMDEDEO (C.), précité, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

[l'autre parent], confrontés au climat de peur et de menaces qui règne dans la famille, ils en sont aussi inévitablement les victimes »¹. Cette définition a également été adoptée par le Conseil de l'Europe. L'instance européenne estime que les enfants « n'ont pas besoin de subir directement une violence pour être considérés comme des victimes, car le simple fait d'être témoins de violence familiale a également un effet traumatisant »². A cet égard, il importe de reconnaître et de respecter ce statut de victime des enfants témoins directs ou indirects de violences conjugales³. La loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes abonde en ce sens⁴. Une modification de l'alinéa premier de l'article 515-11 du Code civil a été réalisée afin que le danger auquel sont exposés les enfants, victimes des violences conjugales, soit spécifiquement reconnu au même titre que la victime directe. L'idée que les violences conjugales mettent personnellement l'enfant en danger a donc été renforcée, puisque l'article 515-9 du Code civil l'affirmait déjà. Désormais, le danger encouru par l'enfant en cas de violences conjugales justifie la saisine du juge aux affaires familiales et la délivrance de l'ordonnance protection.

Cette reconnaissance explicite est fondamentale compte tenu des effets de ces violences sur l'équilibre de l'enfant. En effet, « l'existence d'un impact de la violence sur les enfants, variable selon le degré d'exposition à la violence conjugale, l'âge et le sexe de l'enfant [est aujourd'hui établi]. Cet impact peut consister en un syndrome de stress post traumatique et/ou une diversité d'effets négatifs affectant tant le développement de l'enfant [...], que ses conduites, l'enfant manifestant des « problèmes extériorisés » (dont l'agressivité et l'usage de la violence) ou « intériorisés » (dont la dépression et la propension à être victime) »⁵. Il est désormais indéniable que « l'exposition aux violences et aux mauvais traitements physiques, sexuels ou psychologiques entre les parents [...] a un impact grave sur les enfants. Elle nourrit chez eux la peur, est cause de traumatisme et nuit à leur développement »⁶. Pour autant, l'enfant n'est pas seulement exposé aux violences conjugales. Il en est la victime directe ou indirecte. C'est ce qui permet d'affirmer que la protection du mineur constitue un objectif essentiel⁷ dans ces hypothèses. Les notions « d'exposition » ou « d'enfant exposé » renvoient à l'idée que le mineur est susceptible d'être atteint par un danger en ce qu'il est menacé par les violences conjugales. Il

¹ BOUSQUET (F.), PILLET (F.), *Rapport n° 1799 fait au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes*, Doc. AN, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 84.

² CONSEIL DE L'EUROPE, comité des ministres, *Rapport explicatif* précité, 2011, § 27.

³ CONSEIL DE L'EUROPE, comité des ministres, *Rapport explicatif* précité, 2011, § 144. En ce sens : GATTO (C.), « L'enfant face aux violences conjugales », *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁴ L. n° 2014-873 précitée, art. 32, I, 1° b.

⁵ ONED, *Les enfants exposés aux violences au sein du couple, quelles recommandations pour les pouvoirs publics*, rapport précité, Oned Editeur, 2008. p. 9.

⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, comité des ministres, *Rapport explicatif* précité, 2011, § 143.

⁷ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

n'est donc pas protégé contre celles-ci¹. Avec l'emploi du terme « exposition », « *l'accent est mis de manière dynamique sur la menace qui pèse sur l'enfant, renvoyant à la nécessité d'agir pour le mettre à l'abri* »², alors que le terme de « victime » fait davantage référence au préjudice subi personnellement par l'enfant et à la réparation qui s'ensuit³. L'ONED préfère employer la notion « d'exposition » même si elle juge le terme « victime » approprié pour rendre compte de ces situations⁴. Cependant, le concept « d'exposition » semble occulter les dommages subis par le mineur confronté à la violence conjugale. Il fait de l'enfant un élément passif confronté à la violence de ses parents. Or, il n'est pas que le témoin des violences conjugales. Au-delà de ce qu'il voit, le mineur est acteur de la situation qu'il subit⁵. Il dispose d'un rôle actif dans la situation familiale que seule la qualité de victime permet de reconnaître.

L'utilisation du terme « victime » permet d'insister davantage sur la menace qui pèse sur l'enfant et la nécessité d'agir afin de remédier à la situation. Il paraît dès lors judicieux d'employer l'expression « victime »⁶. Ce terme permet de refléter les mécanismes de domination à l'œuvre dans la famille. Tout d'abord, le mot « victime » fait expressément référence au dommage, principalement psychologique, supporté par le mineur qui évolue dans un contexte de violences domestiques, auquel s'ajoute la possibilité d'être privé de l'un de ses parents par une décision de justice⁷. Ensuite, la notion de « victime » permet de prendre en compte la vulnérabilité intrinsèque de l'enfant en lui accordant la protection à laquelle il a droit. Ici, le mineur n'a pas nécessairement subi de préjudice, mais il existe une forte probabilité qu'il soit confronté à un danger ou un risque de danger dans le milieu familial dans lequel il vit. Les violences conjugales menacent alors l'enfant et dans ce cas, l'enfant est une « *victime potentielle* », une « *victime en devenir* »⁸. C'est donc le contexte familial qui justifie l'intervention des autorités publiques. L'utilisation du terme « victime » permet d'accorder un véritable statut à l'enfant confronté à la violence conjugale. Cette affirmation est renforcée par le

¹ *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V° exposé, exposer.

² ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport précité, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 12.

³ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° victime. C'est la position adoptée par l'ONED (ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport précité, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 12).

⁴ ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport précité, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 12.

⁵ ONED, *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques*. Rapport précité, Oned Editeur, Décembre 2012, p. 11.

⁶ C'est le parti pris de certains auteurs comme Edouard DURAND (DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, spé. p. 16).

⁷ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁸ ALT-MAES (F.), précité, *RSC*, 1994, p. 35

fait que la loi du 9 juillet 2010¹ rompt la « *logique de primauté du statut de la relation de mariage sur les autres formes d'union en privilégiant le "statut de victime"* »². Auparavant, l'alinéa troisième de l'article 220-1 du Code civil réservait le référé-violence aux seuls couples mariés puisque les violences exercées par un époux devaient mettre en danger le conjoint et un ou plusieurs enfants. Les concubins et *a fortiori* les partenaires liés par un PACS en étaient exclus³. Ainsi, les articles 515-9 et suivants du Code civil s'inscrivent dans un « *processus législatif de "victimisation" où le statut de victime devient central par rapport à d'autres considérations* »⁴. Il est donc permis d'affirmer que l'enfant est victime des violences conjugales, ce qui l'expose à un danger dans le groupe familial en raison de l'aliénation dont il est l'objet.

435. Les violences conjugales : un outil d'aliénation de la volonté de l'enfant. – Les violences conjugales constituent pour un parent le « *moyen de garantir sa domination* »⁵ sur l'autre et l'enfant. Elles sont l'œuvre d'un « *choix unilatéral* »⁶ de leur auteur qui désire manifester son emprise sur la victime directe, qui est l'autre parent, et la victime indirecte, c'est-à-dire l'enfant. L'auteur des violences conjugales supprime le libre-arbitre du mineur. Il veut se rendre maître de l'enfant en détruisant sa capacité de penser. Les faits de violences conjugales font « *un objet de la personne qui la subit* »⁷. Plus précisément, les violences conjugales font de l'enfant un objet d'aliénation, car l'autorité parentale, pervertie par les violences conjugales, est l'expression de l'asservissement de l'enfant par un parent. L'influence de l'auteur des violences conjugales sur le mineur s'exerce par la permanence et la répétition des faits. Ce sont ces caractéristiques, propres aux violences conjugales, qui permettent de caractériser l'emprise. De ce point de vue, il est impossible pour l'enfant de refuser la violence à laquelle il est soumis, ce d'autant plus si elle est perçue *a priori* comme une marque d'amour⁸. L'épanouissement affectif et l'évolution sociale de l'enfant peuvent dès lors être affectés⁹ puisque ses conditions de vie ne peuvent être que perturbées en pareil cas¹⁰.

Les violences exercées par un parent à l'encontre de l'autre contribuent également à dénier à la victime directe toute autorité à l'égard de l'enfant. Elles affectent directement la

¹ L. n° 2010-769 précitée.

² PITTI (G.), précité, *Gaz. pal.*, 9 août 2010, n° 231, p. 8.

³ TGI Lille, 21 février 2006, *D.*, 2006, p. 1350, note LABBEE (X.).

⁴ PITTI (G.), précité, *Gaz. pal.*, 9 août 2010, n° 231, p. 8.

⁵ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 17.

⁶ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 17.

⁷ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 19.

⁸ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 71.

⁹ CARIO (R.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2012, p. 9 ; GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

¹⁰ MAUJER-VIELPAU (L.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 515-9 à 515-13, 2011, § 32.

relation parent-enfant. Elles conduisent à disqualifier le parent victime, c'est-à-dire le plus souvent la mère. L'enfant est non seulement confronté à des violences conjugales, mais il peut développer une aliénation parentale à l'encontre du parent victime directe des violences¹. Monsieur Edouard DURAND donne un exemple de la perpétuation de l'emprise sur l'enfant après la séparation du couple conjugal². La volonté d'emprise de l'auteur peut se manifester par d'autres mécanismes tel que le chantage affectif, le harcèlement ou « *des sommations répétées d'exprimer sa loyauté et son amour* » au parent. Ainsi, dans une espèce où la mère a demandé le divorce consécutivement à des violences conjugales. La résidence habituelle de l'enfant a été fixée chez le père à la demande du mineur, celui-ci expliquant que son « *père a besoin que je l'écoute* ». Le couple parental n'a donc pas survécu à la dissolution du couple conjugal³. C'est bien la volition de l'auteur des faits de violences qui est à l'origine de l'aliénation de la volonté du mineur et qui entraîne la destruction de la cellule familiale. C'est la raison pour laquelle l'examen de « *l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre* »⁴ peut être réalisé à « *la lumière des violences conjugales exercées sur [le parent] et qui sont un manquement aux devoirs d'un parent compte tenu de l'ampleur des traumatismes infligés à l'enfant et la manifestation évidente du non-respect des droits élémentaires* »⁵ de l'autre parent. Il existe un lien intime entre conjugalité et parentalité. La commission de violences conjugales peut avoir un impact sur l'exercice de l'autorité parentale.

Conclusion du chapitre 2

436. L'enfance pervertie. – Envisager l'enfant comme un objet social dans sa famille consiste à admettre que le mineur est dépendant et soumis à la seule volonté de ses parents, beaux-parents, voire même de ses grands-parents. L'enfant n'est plus considéré en lui-même en tant que sujet de droit. Il est un moyen pour les individus d'affirmer l'existence d'une famille ou des particularités de cette famille. C'est pour cela que l'enfance est pervertie. La volonté des couples de personne de même sexe de manifester l'appartenance de l'enfant à une famille homosexuelle abonde en ce sens. L'enfant crée la famille homoparentale. C'est également le cas lorsque les parents doivent choisir un nom de famille et le prénom du mineur. Ces éléments d'identification sont utilisés pour rattacher l'enfant à une cellule familiale particulière. Le prénom

¹ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 73.

² DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 84-85.

³ A l'occasion d'un droit de visite, le père a tué la mère devant son fils.

⁴ Art. 373-2-11, 3° C. civ.

⁵ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 47. Voir également : GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 518.

permet aux parents d'exprimer leur envie. Ils le choisissent en fonction de leurs intérêts personnels, peu importe que le prénom préjudicie à l'enfant et qu'il soit contraire à son intérêt. Ce qui importe c'est l'appartenance de l'enfant à une famille, celle-ci étant révélée dans la société par la présence et l'identification du mineur. La volonté des tiers d'établir ou de maintenir des relations personnelles avec le mineur participe aussi à cette idée. L'existence de liens avec l'enfant permet d'affirmer la réalité de la famille. C'est à nouveau le cas lors d'une séparation conjugale. Le modèle de l'unité familiale après la séparation des père et mère n'est alors qu'une fiction, qui relève même de l'utopie en raison des nouvelles querelles susceptibles de survenir entre les parents¹. Dans cette hypothèse, l'enfant est non seulement privé d'une famille unie, mais le comportement de l'un de ses père et mère peut aboutir à une aliénation parentale. L'enfant est un moyen de poursuivre le conflit conjugal au détriment de son intérêt. La volition parentale le prive de tout libre arbitre, au risque d'entraîner une rupture des liens familiaux avec l'un des parents. Cette situation d'emprise se retrouve lorsque le mineur est confronté à des violences conjugales. Sa qualité de sujet de droit est contestée par ses parents, qui tendent à faire prévaloir leurs intérêts personnels sur celui de l'enfant. Ainsi, l'enfant objet social relève de la conception moderne de la notion de mineur victime de sa famille, en ce que l'enfant est nié dans son humanité en raison de la volonté des adultes qui souhaitent se l'approprier. C'est l'extrémisme des volontés individuelles qui fait du mineur une victime de sa famille.

¹ PIERRE (M.), « L'exercice de l'autorité parentale », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 127.

CONCLUSION DU TITRE 1

437. Individualisme et fondamentalisme dans la famille¹. – La famille est un groupe de personnes unies entre elles par des liens fondés sur la parenté et l’alliance. Elle repose donc sur le mariage et la filiation. L’accroissement du fondamentalisme et de l’individualisme dans notre société contemporaine a toutefois remis en cause l’un des trois piliers du droit². En effet, la législation actuelle prend davantage en considération l’individu dans la famille au détriment de la collectivité formée par les différents membres de la cellule familiale. La vision holiste de la famille a laissé place à l’individualisme, où « *seul compte, dans la logique du droit au bonheur, le ‘rapport à soi’* », « *peu importe le rapport aux autres et plus encore la considération d’un intérêt collectif* »³.

Les revendications individuelles et le développement de la parentalité paraissent consacrer un « droit à l’enfant » ou à l’inverse un « droit au refus de l’enfant », ce dernier étant toutefois relativisé par la volition du père ou des grands-parents de naissance. Il n’en demeure pas moins que « *l’essor de la procréation assistée a [...] favorisé une nouvelle revendication face à la stérilité : celle du droit à l’enfant* »⁴. La famille semble ainsi gouvernée par le comportement privé des parents, mais aussi du beau-parent ou des grands-parents, désireux de se voir consacrer des droits subjectifs au gré de leurs désirs et de leurs besoins⁵ et cela au détriment de l’intérêt de l’enfant. L’équilibre familial est bouleversé par les souhaits des individus d’avoir un enfant ou de conserver une relation exclusive avec ce dernier. Le fait que la reconnaissance sociale de la famille repose sur l’enfant accentue cette idée. Il est ici possible de penser à la volonté des couples homosexuels non mariés d’établir un lien entre le mineur et son parent social. De même, lors d’une séparation parentale, la volition d’un parent d’évincer l’autre traduit à nouveau le fait qu’un des père et mère désire conserver l’exclusivité de l’enfant par le dénigrement systématique de l’autre parent. L’enfant se retrouve alors au sein d’un conflit dont il est victime. L’enfant n’est pas seulement un objet de possession, il est un objet d’aliénation. La volonté du parent de conserver l’enfant auprès de lui pour garantir l’existence de la famille aboutit à faire de celui-ci une victime. Le comportement parental le prive de son libre arbitre. Cela est d’autant plus vrai si la dissolution du couple intervient dans un contexte de violences conjugales.

¹ LE GAC-PECH (S.), précité, *RJPF*, 2012-11/59.

² Avec le contrat et la propriété, le doyen CARBONNIER considère que la famille est l’un des trois piliers du droit (CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 255 et s.).

³ LEQUETTE (Y.), « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 523.

⁴ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil, Les personnes*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 92.

⁵ En ce sens : CARBONNIER (J.), *op. cit.*, Paris : Flammarion, 1996, p. 125.

La conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille se manifeste par la place trop importante accordée à la volonté individuelle et protéiforme des adultes, en particulier des parents, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle met en évidence un mouvement inverse à l'évolution historique consacrant le mineur comme sujet de droit¹. Plus ses droits ont été affirmés, plus son intérêt a été mis en avant, et plus son autonomie et sa liberté ont été bafouées². Le mineur « *n'a cessé, dans les années récentes, d'être instrumentalisé* »³. Il n'est pas apprécié pour ses qualités propres, mais parce qu'il est un produit. Il est perçu comme un facteur d'insertion des « *parents dans le futur, leur donn[ant] la dignité de porteurs d'avenir et les intégr[ant] ainsi définitivement dans la partie vive de la société* »⁴. L'enfant est un objet social qui garantit notamment la consécration de la famille, étant donné qu'il permet de la révéler socialement. Or, l'enfant n'est pas un objet social. Il est « *une personne soumise tant qu'elle est mineure à des pouvoirs – d'ordre familial entre autres –, mais non à quelque propriété sujette à revendication* »⁵. Cette multiplicité des catégories modernes de mineurs victimes de leurs familles impliquent donc la mise en œuvre de régimes spéciaux de protection de l'enfant. Afin de garantir dans la mesure du possible la protection du mineur, la loi et la jurisprudence tentent d'encadrer les revendications parentales. Dans l'intérêt supérieur de l'enfant, l'autonomie de la volonté des membres de la famille ne doit pas être pas absolue.

¹ *Supra.* § 2 et s.

² FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 37

³ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 37

⁴ ROUSSEL (L.), *La famille incertaine*, Paris : Odile Jacob, 1989, p. 193.

⁵ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 92.

TITRE 2. LES REGIMES SPECIAUX DE PROTECTION DE L'ENFANT

VICTIME DE SA FAMILLE

438. L'autonomisation progressive des régimes modernes de protection de l'enfant victime de sa famille. – Les mineurs relevant de la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille se distinguent de ceux qui sont rattachés aux catégories classiques d'enfants victimes de leurs familles. Ces derniers bénéficient d'un régime général de protection, à la fois plural et évolutif¹. Cela garantit au mineur une adaptation des mesures de protection à l'évolution de sa situation. Cette caractéristique n'existe pas pour les catégories modernes d'enfants victimes de leurs familles. En ce sens, si le régime moderne de protection est également plural pour tenir compte des spécificités de chaque situation, il n'est pas évolutif. Dans la continuité du régime général de protection de l'enfant victime de sa famille, le législateur a donc créé différents mécanismes permettant à la société d'intervenir dans la cellule familiale afin de protéger le mineur contre sa famille. Ces outils n'ont cessé d'évoluer, ce qui a permis la création d'un système dualiste propre à chaque conception, classique et moderne, de la notion d'enfant victime de sa famille. A côté du régime général de protection, ont donc été introduits plusieurs dispositifs modernes de protection destinés à prémunir l'enfant contre l'individualisme familial. Avec ces différents moyens, indépendants des instruments classiques de protection du mineur victime de sa famille, la réponse publique s'est progressivement autonomisée. En effet, plusieurs régimes coexistent pour garantir la protection du mineur appartenant à l'une des catégories modernes d'enfants victimes de leurs familles. C'est la raison pour laquelle la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille se caractérise par des régimes spéciaux de protection, ces derniers ayant pour objet d'encadrer l'unilatéralisme de la volonté des membres de la famille.

439. La relativisation de l'autonomie de la volonté. – Dans un sens général, l'autonomie de la volonté est « *le pouvoir de se déterminer soi-même, la faculté de se donner sa propre loi* »². La volonté des individus serait à la fois la source et la mesure des droits subjectifs, ce qui justifierait la liberté des membres de la famille aptes à décider de leurs propres règles. Cette liberté a entraîné une contractualisation des rapports dans la cellule familiale. Elle a permis de prendre en considération les accords parentaux, notamment pour la dévolution du nom de famille ou l'exercice de l'autorité parentale. Ce libéralisme dans la famille ne peut toutefois être absolu, car « *indépendamment de la montée du subjectivisme, la famille n'est pas du seul ressort*

¹ *Supra.* § 300.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o autonomie de la volonté.

de la volonté des personnes. Il est un seuil à partir duquel les volontés privées sont impuissantes à modifier ce qu'elles ont reçu, en dehors des cas expressément prévus par la loi »¹. En outre, la vulnérabilité inhérente à la condition de minorité justifie qu'une protection spéciale soit accordée à l'enfant. C'est pourquoi l'autonomie de la volonté des membres de la famille doit être relativisée et encadrée. Un accord de volonté ne peut déroger aux règles essentielles au fonctionnement de la cellule familiale, en particulier si cela affecte l'enfant. Il serait ainsi opportun de raisonner en ayant principalement égard à l'intérêt supérieur de l'enfant au lieu de décider en fonction de l'intérêt des parents ou des autres membres de la cellule familiale. A ce titre, l'ordre public de protection suppose de prendre prioritairement la défense de l'intérêt de l'enfant, présumé en situation de faiblesse par rapport aux adultes. L'ordre public familial ne peut justifier la soumission de l'état civil, de la filiation ou des relations personnelles de l'enfant à la seule volition parentale, alors même que l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe² a suscité de nouvelles revendications³. Le désir d'enfant doit être régulé (Chapitre 1), car le mineur n'est pas une chose que les adultes peuvent obtenir en fonction de leur envie. De même, l'enfant, considéré comme un objet social, a besoin d'une protection pour faire obstacle aux revendications individuelles (Chapitre 2).

¹ DOUCHY (M.), précité, *RRJ*, 2000-1, p. 25.

² L. n° 2013-404 précitée.

³ CHAMPENOIS (G.), précité, *Defrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 731.

CHAPITRE 1. LA REGULATION DU DESIR D'ENFANT

440. Un « droit à » à la famille ? – Le droit à l'enfant, « *ou plus souvent, de manière positive, et moins "réifiante", le droit de fonder une famille* »¹ est invoqué pour justifier la réalisation du désir d'enfant. Pour autant, l'adaptation du droit de la famille aux aspirations des individus ne saurait transformer cette branche du droit en un « droit à » la famille², quand bien même le concept de famille est « *réduit à n'être plus qu'un droit subjectif de l'individu* »³. Les mutations contemporaines de la cellule familiale ne peuvent justifier la création d'une famille uniquement fondée sur le seul lien de filiation et le « *poids du désir d'être parent* »⁴. Il n'en demeure pas moins que les volontés individuelles ont profondément transformé la famille. Les individus veulent créer une cellule familiale immédiatement et sans contrainte⁵, notamment par l'accomplissement de leur désir d'enfant en fraude à la loi française.

La réalisation du désir d'enfant des individus ne saurait être bridée par la contrainte, y compris si l'impossibilité de fonder un foyer familial résulte d'un choix de vie⁶. La revendication des couples homosexuels d'accéder à la PMA et la GPA constitue un exemple du refus des individus de toute coercition, dès lors qu'il leur est interdit d'accomplir leur projet familial grâce à un enfant. Le droit devrait être dépourvu de toute contrainte afin de laisser libre cours à l'expression des libertés individuelles dans la famille. Ce désir, qui doit être accompli immédiatement, met toutefois en péril l'unité de la cellule familiale par essence pérenne. L'existence de la famille comme construction juridique est remise en question⁷. Elle ne dépend que de la liberté de chacun de ses membres. Le désir d'enfant ne peut cependant pas s'analyser comme une manifestation de la capacité des personnes de choisir par elles-mêmes sans coercition. La recherche du bonheur par la fondation d'une famille n'est pas libre et sans contrainte. Elle doit s'accommoder des droits de l'enfant. La volonté des adultes de réaliser leur désir d'enfant ne sera acceptée que si elle est accomplie conformément à la loi et préserve suffisamment l'intérêt de l'enfant. A l'inverse, la volonté des individus à ne pas avoir une famille a entraîné la consécration du droit au refus d'être parent au risque de priver l'enfant non désiré de ses origines. Les personnes ne désirant pas consacrer une famille par l'enfant peuvent librement abandonner le mineur, sans contrainte et immédiatement à sa naissance, voire même après.

¹ CHENEDE (F.), « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 27.

² LE GAC-PECH (S.), précité, *RJPF*, 2012-11/59.

³ DOUCHY (M.), précité, *RRJ*, 2000-1, p. 25.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 193.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 193.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 193.

⁷ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 193.

Le droit peut être perçu comme « *l'ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté* »¹. Pour Emmanuel KANT, cela signifie que l'action de l'une des deux personnes doit se concilier avec la liberté de l'autre selon une loi universelle². Le choix des adultes ne peut donc pas être totalement libre. Il doit s'harmoniser avec la volonté propre de l'enfant, bien qu'il ne soit pas en mesure de l'exprimer. Cela signifie que la volition des individus doit être encadrée lorsque la fondation d'une famille par la filiation est en jeu. Ainsi, « *le droit est ce qui permet de réconcilier contrainte et liberté, il n'y a de liberté que par et dans la reconnaissance d'une contrainte qui devient l'exercice de la liberté. La contrainte juridique rend possible l'équilibre des libertés, leur compatibilité, leur coexistence harmonieuse, leur coordination. Cette coordination des libertés se trouve au cœur de la famille elle-même* »³. Les droits reconnus aux individus « *les uns à l'égard des autres, voire aux uns contre les autres* », s'oppose à ce que les hommes « *aient des droits les uns sur les autres, fussent-ils encore des êtres potentiels* »⁴.

La négation de l'expression de « droit à l'enfant » n'interdit pas les aspirations à la procréation. L'enfant peut faire l'objet d'un désir, mais il n'est pas un objet pour satisfaire un désir. Cela implique une régulation du désir d'enfant par un ensemble de mesures, étant donné que le choix des individus peut porter préjudice au mineur. L'enfant trop désiré peut être privé d'une filiation, tandis que l'enfant trop peu désiré ne sera pas nécessairement en mesure de connaître sa famille biologique ou *a minima* ses origines. Par conséquent, il apparaît nécessaire de protéger la filiation de l'enfant conçu avec l'assistance d'un tiers (Section 1) et de garantir l'accès aux origines de l'enfant non désiré (Section 2), afin d'encadrer le pouvoir de la volonté des adultes d'être ou de ne pas être parents.

Section 1. La filiation de l'enfant conçu avec l'assistance d'un tiers

441. « *La filiation par procréation assistée* »⁵. – En matière de procréation, « *l'homme a cherché à aider la nature ou à y suppléer quand elle était défaillante* »⁶. Plusieurs techniques de PMA ont été développées afin de permettre à des couples de satisfaire leur désir d'enfant et de fonder une famille. Le pouvoir de la volonté des individus n'est cependant pas libre. Le

¹ KANT (E.), *Métaphysique des mœurs, Tome 2, Doctrine du droit ; Doctrine de la vertu*, [1795], Paris : Flammarion, 1994, *Doctrine du droit*, Introduction, § B, p. 17.

² KANT (E.), *ibid.*, [1795], Paris : Flammarion, 1994, *Doctrine du droit*, Introduction, § B, p. 17.

³ GOMAR (M.), « Pourquoi du droit dans la famille ? », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 7.

⁴ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 92.

⁵ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, p. 645 et s.

⁶ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 892.

législateur est intervenu pour déterminer les conditions dans lesquelles il était possible de recourir à une PMA¹. Il a également pris en considération les conséquences juridiques des procréations assistées sur la filiation de l'enfant. Si l'accès à la PMA est possible pour un couple, la question du lien de filiation paternel ou maternel découlant de cette procréation artificielle a dû être réglée, ce d'autant plus s'il a été fait appel un tiers donneur. Lorsque l'enfant est né avec l'aide de la médecine, mais que ses parents en sont les géniteurs, les règles classiques du droit de la filiation s'appliquent. Au contraire, il existe des règles spéciales pour l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une PMA avec un tiers donneur². La régulation du désir d'enfant a justifié l'établissement contraint du lien de filiation du mineur à l'égard des parents d'intention. Dès lors que les parents sont libres de recourir à une PMA, sous réserve qu'ils répondent aux conditions légales, il est juste que la filiation de l'enfant soit établie à leur égard (§ 1). L'impossibilité pour des individus d'accéder à la PMA ou l'inefficacité de ces techniques ont corrélativement provoqué le recours à des GPA ou des PMA réalisées à l'étranger. Ainsi, la décision de recourir à une GPA, nonobstant l'interdiction posée par le droit français, provoque une rupture dans l'équilibre des libertés dans la famille. Le désir d'enfant des adultes est satisfait au détriment de la situation juridique du mineur, celui-ci étant privé d'un lien de parenté en raison du choix opéré par ses parents. La filiation de l'enfant né en fraude à la loi s'avère incomplète, ce qui n'est pas sans risque compte tenu des vicissitudes qui peuvent affecter l'existence la famille (§ 2).

§ 1/ La filiation de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur

442. PMA endogène et PMA exogène. – En principe, la PMA est opérée de manière intraconjugale³. La procréation est alors qualifiée d'endogène⁴. Elle fait appel aux gamètes des deux membres du couple. L'enfant dispose du patrimoine génétique de ses deux parents. En application de l'adage « *mater semper certa est* », la mère qui accouche sera à la fois la gestatrice et la génitrice de l'enfant. Quant au père, l'établissement de la filiation se fera selon les règles du droit commun, notamment par la présomption de paternité si l'enfant est né en mariage⁵ ou par la reconnaissance⁶. La filiation paternelle repose également sur un fondement biologique. A l'inverse, pour les procréations exogènes qui font appel à un tiers donneur, il est impossible de se

¹ *Supra.* § 309 et s.

² BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et *al.*, *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 96.

³ *Supra.* § 312.

⁴ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 903.

⁵ Art. 312 C. civ.

⁶ Art. 316 C. civ.

référer à une vérité biologique¹. L'enfant n'aura le patrimoine génétique que d'un seul de ses parents. Le mineur est conçu au moyen d'un don de gamètes, qui « *consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation* »². En outre, dans le cadre de l'accueil d'un embryon conçu *in vitro*³, le mineur ne dispose du patrimoine génétique d'aucun de ses parents. La filiation de l'enfant ne repose donc pas sur un élément biologique. Ces situations impliquent de protéger la filiation de l'enfant conçu par une technique de PMA. Il s'agit effectivement d'une parenté conventionnelle légalement consacrée⁴ et à laquelle les parents pourraient renoncer. Les membres du couple bénéficiaire seront donc contraints d'établir leur filiation à l'égard de l'enfant né d'une AMP (A), tandis que la loi prohibe tout établissement de filiation à l'égard du tiers donneur (B). Ces règles légales ont pour objet de garantir une filiation à l'enfant, puisque le mineur ne peut effectivement pas exercer une action contre le tiers donneur pour établir sa parenté ou engager sa responsabilité civile⁵.

A/ L'établissement contraint de la filiation à l'égard du couple receveur

443. L'établissement de la filiation entre l'enfant et le couple receveur. – Si le couple n'est pas uni par le mariage, la filiation de l'enfant est toujours établie à l'égard de la mère par l'indication de son nom dans l'acte de naissance⁶. Elle le sera pour l'homme par une reconnaissance⁷ ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété⁸. Lorsque le couple receveur est marié, l'enfant né d'une PMA a pour mère la femme qui accouche⁹ et pour père le mari en application de la présomption « *pater is est* »¹⁰. Ce dernier peut *a fortiori* établir le lien de filiation paternel par une reconnaissance de paternité¹¹ si l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père¹². Ce sont les règles du droit commun de la filiation qui s'appliquent pour établir la filiation de l'enfant né de la PMA à l'égard de ces parents. Le recours à ce régime général rend relatif l'établissement contraint de la filiation. La loi « *s'en remet à la*

¹ HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, § 904.

² BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et *al.*, *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 99.

³ Art. L. 2141-6 C. santé pub.

⁴ HAUSER (J.), « Filiation – Identification génétique – Procréation médicalement assistée », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 311-19 et 311-20, fasc. unique, 2005, § 11.

⁵ GRANET (F.), « Secret des origines et promesse de filiation (Procréation médicalement assistée, filiation et connaissance des origines) », *Petites affiches*, 2 octobre 1999, n° 119, p. 5.

⁶ Art. 311-25 C. civ.

⁷ Art. 316 C. civ.

⁸ Art. 317 C. civ.

⁹ Art. 311-25 C. civ.

¹⁰ Art. 312 C. civ.

¹¹ Art. 316 C. civ.

¹² Art. 313 C. civ.

volonté du couple ayant consenti à la procréation assistée d'établir après coup la filiation escomptée », ce qui risque « de favoriser les dérobades lorsque la volonté a changé depuis la procréation »¹. A ce titre, le devoir de reconnaissance de l'enfant ne concerne uniquement que l'homme² (1). Il existe donc un certain nombre de failles dans le dispositif légal³, ce qui suppose un renouvellement de la parenté imposée au couple receveur (2).

1/ L'efficacité relative de la parenté imposée au couple receveur

444. L'incomplétude de la parenté imposée à la mère. – Malgré le recours à une PMA, il n'est pas impossible que la femme mariée n'indique pas son nom dans l'acte de naissance⁴, paralysant ainsi le jeu de la présomption de paternité⁵. Sa volonté crée une divisibilité unilatérale de la filiation. Celle-ci ne sera établie qu'à son égard alors que le couple receveur est uni par le mariage. Elle peut même demander le secret de son accouchement⁶, ce d'autant plus si la procréation résulte d'un don d'embryon. La femme accouche effectivement d'un enfant qui n'est génétiquement pas le sien⁷. Par conséquent, le mineur se retrouve sans filiation. Une action en recherche de maternité demeure néanmoins envisageable. La loi du 16 janvier 2009 a abrogé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité résultant de l'accouchement secret et anonyme⁸. Il faudra établir la preuve de l'identité entre l'enfant et celui dont a accouché la femme qui a consenti à la PMA. Ainsi, « la mère pourrait certainement, en théorie, être assignée en justice en recherche de maternité. Mais l'hypothèse est peu probable »⁹. Quoiqu'il en soit, la volition maternelle est susceptible de priver l'enfant né d'une PMA de sa filiation maternelle et paternelle. Si le père a la faculté de reconnaître l'enfant avant sa naissance, il faut qu'il anticipe la volonté de la femme d'écarter la règle « *pater is est* » ou d'accoucher sous X¹⁰.

Si le couple n'est pas marié, la femme séparée de l'homme peut décider d'accoucher anonymement et dans le secret sans en avertir le père, en particulier si le couple receveur n'en est

¹ VIGNEAU (D.), « Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 89.

² NEIRINCK (C.), « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF*, 2003-3/12.

³ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010, p. 54.

⁴ Art. 57 C. civ., al. 1^{er} C. civ.

⁵ En ce sens : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010, p. 54. Cette situation est marginale, mais elle n'en demeure pas moins contestable (GRANET (F.), précité, *Petites affiches*, 2 octobre 1999, n° 119, p. 5).

⁶ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 867 ; BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et al., *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 101.

⁷ BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et al., *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 109.

⁸ L. n° 2009-61 précitée.

⁹ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 867.

¹⁰ *Supra*. § 354 et s.

plus un. La dissolution du couple conjugal après la réalisation de la PMA provoque l'éclatement du couple parental et l'abandon unilatéral du projet d'enfant par la mère. L'intérêt supérieur du mineur ne paraît pas suffisamment protégé contre la volition de la mère qui refuse *in fine* l'enfant qu'elle a désiré, notamment s'il présente un handicap ou une maladie grave. De ce point de vue, la suppression de la condition de stabilité du couple non marié peut préjudicier à l'enfant à naître¹. Il n'est pas certain que celui-ci sera accueilli au sein d'une famille unie. L'intérêt du mineur est relégué au second plan, tandis que la volonté de l'ex-couple receveur est mise en avant. Cet abandon du désir d'enfant par la femme entraîne également une réification du mineur, réduit à une simple chose tributaire de la volonté des adultes. Pour autant, « *si les liens créés par la grossesse et l'accouchement entre la mère et l'enfant rendent cette hypothèse peu probable, elle pourra néanmoins se rencontrer en pratique* »². Il est également envisageable que l'enfant ne soit pas accueilli au sein d'un couple uni et stable. La suppression de la condition de stabilité facilite la création de couples de façade en vue de faciliter l'accès à l'AMP pour des femmes³. L'enfant n'aura donc qu'un lien de filiation établi à l'égard de la femme. La PMA étant détournée de sa finalité, elle n'a pour objet que la satisfaction du désir d'enfant d'une femme. Le père ne sera *a priori* pas contraint d'établir sa parenté.

445. La parenté imposée au père. – L'homme responsable de la naissance d'un enfant né d'une PMA ne peut pas se dérober à ses responsabilités. Sa volonté ne lui permet pas de refuser le lien de filiation auquel il a préalablement consenti⁴. En effet, « *il ne serait guère admissible que l'homme responsable de la venue au monde d'un enfant qui ne pourra jamais connaître l'identité du donneur, puisse une fois l'enfant né ne pas assumer cette situation* »⁵. Les alinéas quatrième et cinquième de l'article 311-20 du Code civil énoncent que « *celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331* ». Cette solution, dégagée par la jurisprudence⁶, consacre pour le père l'obligation de reconnaître l'enfant issu d'une PMA et sanctionne le non-respect de cette prescription par l'attribution de dommages-intérêts au mineur⁷. En ne reconnaissant pas l'enfant issu de la PMA, l'homme commet une faute

¹ *Supra.* § 309.

² TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 858.

³ MIRKOVIC (A.), précité, *D.*, 2011, p. 892.

⁴ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 473.

⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 38.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}., 10 juillet 1990, *Bull. civ.* I, n° 196.

⁷ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 857.

attachée aux circonstances de la procréation¹. La responsabilité civile du père implique que l'homme, qui a consenti à l'AMP, refuse d'établir sa filiation, ce qui ne sera pas le cas si son consentement est privé d'effet dans les conditions de l'alinéa troisième de l'article 311-20 du même Code², ou que l'enfant n'est pas issu de la PMA³. Sera considéré comme n'ayant pas reconnu l'enfant, l'homme marié qui refuse de faire établir sa paternité, notamment en refusant d'inscrire son nom dans l'acte de naissance de l'enfant⁴, l'homme qui refuse de reconnaître le mineur, ou enfin celui qui a une possession d'état à l'égard du mineur non constatée par un acte de notoriété. La responsabilité assumée par l'homme, qui refuse sa paternité à l'égard de l'enfant né de la PMA, couvre tant le dommage matériel⁵ que le préjudice moral⁶ consécutif au vide créé par l'absence de filiation. De ce point de vue, il semble « *injuste d'admettre dans le même temps la sanction d'un homme qui abandonne à la naissance celui qu'il a fait venir à la vie pour satisfaire son désir d'enfant et l'impunité d'une femme ayant la même responsabilité dans la naissance de l'enfant* »⁷. En outre, il peut être judiciairement contraint d'assumer sa paternité alors que la filiation n'est par principe pas conforme à la vérité biologique.

La preuve de la filiation ne sera pas la vérité biologique. Elle résulte du consentement donné à la PMA et non révoqué en temps utile⁸. La femme mariée peut toutefois occulter la volonté de son mari et déclarer sa paternité. Il lui suffit de le désigner dans l'acte de naissance⁹ afin de faire jouer la présomption « *pater is est* ». C'est pourquoi la parenté imposée au père concerne principalement l'homme non marié. L'action en recherche de paternité appartient à la

¹ BERTOL (D.), *Famille et responsabilité*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Bordeaux IV, 2006, § 117, spé. § 118 et s.

² Selon cette disposition, « *le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance* ».

³ Art. 311-20, al. 2 C. civ.

⁴ *A contrario*, si le défaut de paternité ne lui est pas imputable, il ne sera pas responsable (en ce sens : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 473). Ce sera le cas si la femme paralyse le jeu de la présomption de paternité ou accouche sous X. Il convient également de noter que la présomption de paternité est « *écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation* » (art. 313 C. civ.). Dans ce cas, si l'ex-mari ne reconnaît pas l'enfant, il engage sa responsabilité et la mère pourra le contraindre à établir la filiation.

⁵ Absence d'obligation d'entretien, d'obligation alimentaire et de vocation successorale.

⁶ Souffrance résultant de l'abandon et de l'absence d'une figure paternelle ; conséquences sociales du défaut de filiation paternelle.

⁷ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 858.

⁸ BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et *al.*, *op. cit.*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010, § 101 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 215.25 ; BONFILS (P.), GOUTTENoire (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 259.

⁹ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 858-865. Selon ces auteurs, elle peut également s'abstenir de le désigner et agir ensuite en justice contre lui.

mère ou au représentant légal de l'enfant selon l'article 328 du Code civil, auquel renvoie l'article 311-21 précité¹. Cette disposition ne fait cependant pas référence à l'article 321 du Code civil. Monsieur François TERRE et Madame Dominique FENOUILLET² estiment ainsi que l'action doit être exercée dans les cinq ans à compter du jour où le titulaire a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer³, ce délai étant suspendu durant la minorité de l'enfant⁴. Cette position n'est pas favorable à l'enfant. C'est pourquoi il convient d'admettre que l'article 321 du Code civil a vocation à s'appliquer. Ce texte dispose que « *sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* ». Puisque l'article 311-21 du Code civil ne fait référence à aucun autre délai, c'est l'article 321 du même Code qui s'applique. Il constitue une dérogation au délai de droit commun de cinq ans. La mère peut agir en recherche de paternité jusqu'aux dix ans du mineur, celui-ci pouvant ensuite faire établir le lien de filiation paternel jusqu'à ses vingt-huit ans⁵. L'établissement contraint de la parenté au père ne repose toutefois « *sur aucune réalité, ni affective, ni même biologique* »⁶. L'enfant ne bénéficiera que des effets pratiques du lien de filiation : obligation d'entretien, obligation alimentaire et vocation successorale. Il n'aura probablement aucune relation personnelle avec celui qui sera judiciairement déclaré comme son père et qui l'a abandonné. Enfin, la femme peut décider de ne pas agir pour que l'enfant ne soit rattaché qu'à elle⁷. Ce faisant, le législateur crée à nouveau une divisibilité unilatérale de la filiation préjudiciable à l'enfant. La mère non mariée peut librement décider de ne pas rattacher l'enfant né d'une PMA à l'homme qui a consenti à l'opération et qui refuse d'établir sa paternité.

446. L'accord parental. – En pratique, la solution risque d'être différente de celle voulue par le législateur. Tout dépend de l'accord ou du désaccord des parents⁸. Les membres du couple receveur peuvent effectivement s'accorder pour anéantir la paternité de l'homme qui n'est

¹ Le juge doit ensuite se prononcer sur l'autorité parentale et le nom de l'enfant en application de l'article 331 du Code civil.

² TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 865.

³ Art. 2224 C. civ.

⁴ Art. 2235 C. civ.

⁵ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 215.25.

⁶ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 861.

⁷ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 861 ; BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 1166 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 259.

⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010, p. 54.

génétiquement pas le père de l'enfant. Ce n'est que si ce dernier souhaite exercer sa paternité légale que la loi produira un effet plein¹. Cette hypothèse est susceptible de se rencontrer si le couple sollicitant la PMA n'en est pas un. Ce détournement de la loi permettrait à des femmes homosexuelles d'avoir un enfant par IAD en ayant recours à un couple fictif. La solution légale paraît dès lors relative puisqu'elle ne permet pas d'imposer au père sa parenté. Le secret entourant la PMA facilite ce procédé². La femme dispose également de la faculté d'accoucher sous X. Elle peut permettre au père d'échapper à ses responsabilités si celui-ci consent à l'accouchement secret et anonyme. L'enfant désiré par un couple se retrouve sans lien de filiation maternel et paternel. L'action en établissement forcé du lien de filiation paraît difficilement envisageable, car elle se heurte à plusieurs obstacles³. Le mineur sera vraisemblablement admis comme pupille de l'Etat⁴. A sa majorité, il pourra tenter d'accéder à ses origines et de faire établir sa filiation à l'égard de ses parents⁵, mais encore faut-il que la mère y consente et qu'il n'ait pas été adopté plénièrement⁶. Il n'en demeure pas moins que la stabilité de la filiation de l'enfant né d'une PMA n'est pas totalement assurée, nonobstant la volonté du législateur d'imposer une parenté aux membres du couple receveur. Ces derniers jouissent d'une marge de liberté qui ne se concilie pas avec les exigences de la parenté contrainte dans l'intérêt de l'enfant né d'une PMA. Il est évident que « *celui qui a appelé l'enfant à la vie, qu'il soit homme ou femme, marié ou non, doit assumer la responsabilité de cette décision, de façon forcée si nécessaire* »⁷. L'équilibre et la compatibilité des libertés dans la famille semblent imposer un renouvellement de la parenté contrainte en cas de PMA, afin que l'enfant ne soit pas « *la victime principale sinon unique de ces illégalités* »⁸.

2/ L'efficacité renouvelée de la parenté imposée au couple receveur

447. Le refus de l'adoption de l'enfant né d'une PMA par le couple receveur. – Il ne semble pas possible d'envisager l'adoption de l'enfant né d'une PMA par le couple receveur afin de contraindre les membres de celui-ci à établir la filiation de l'enfant. L'adoption repose également sur un engagement parental. Elle implique une parenté élective⁹ et donnerait une

¹ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 870.

² Art. 311-20, al. 1^{er} C. civ.

³ *Infra.* § 520.

⁴ Art. L. 224-4, 1^o C. civ.

⁵ L'enfant pourra songer à agir en responsabilité contre le couple receveur qui l'a abandonné et n'a pas établi le lien de filiation à son égard.

⁶ *Infra.* § 518.

⁷ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 864.

⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *op. cit.*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010, p. 54.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1997, I, 4067.

nouvelle possibilité aux parents d'accepter l'enfant. Le consentement à l'AMP ne peut justifier cette double manifestation de volonté, sauf à considérer l'enfant comme un produit qu'il est possible de fabriquer et d'abonner en fonction des volontés individuelles¹. En outre, « *l'adoption recase. La procréation assistée incarne* »². La première donne une famille à l'enfant. La seconde donne un enfant à la famille. Admettre que le consentement préalable des membres du couple receveur établit la filiation au jour de la naissance à leur égard évite de recourir à une adoption. Cette dernière consacre une filiation fictive qui ne paraît pas appropriée dans cette hypothèse. En effet, l'enfant né d'une PMA est le résultat d'un projet parental de deux personnes, même si une seule d'entre elles a procréé. L'AMP avec tiers donneur ne donne pas au couple receveur un enfant qui serait privé d'une famille, mais elle permet à des individus de réaliser leur désir d'enfant, enfant qui n'existe pas encore³. Un mode spécifique d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une PMA avec tiers donneur pourrait être envisagé. Il serait fondé sur l'engagement des membres du couple à devenir les parents de l'enfant à naître. Ce consentement serait constaté de manière anticipée au moment du recueil du consentement du couple receveur à la PMA⁴.

448. Le consentement à la PMA : une création irréversible du lien de filiation entre l'enfant et le couple receveur. – En reconnaissant la possibilité d'établir de manière forcée la filiation, « *le droit tire les conséquences de l'engagement parental. Il s'agit d'une sorte d'exécution forcée en nature de l'obligation de prise en charge de l'enfant découlant du consentement à l'assistance médicale à la procréation* »⁵. La liberté des parents de satisfaire leur désir d'enfant implique la reconnaissance corrélative et impérative d'un lien de filiation à l'égard des membres du couple receveur. Le consentement à la PMA crée une dette envers l'enfant conçu. L'autonomie de la volonté des parents justifie le respect de la parole donnée et interdit toute privatisation de la filiation, abandonnée à la volonté des individus. Elle oblige au respect d'un sens de la filiation que le couple receveur a préalablement choisi en ayant recours à une PMA⁶. La filiation de l'enfant né d'une AMP doit reposer sur l'idée de responsabilité dans la procréation. Cette dernière permettrait de redonner une assise solide et unitaire à l'établissement contraint de la filiation tout en étant apte à réguler le désir d'enfant.

¹ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 37 et s.

² CORNU (G.), *Droit civil : la famille*, 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2006, § 273.

³ GROSS (M.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 148.

⁴ En ce sens : GROSS (M.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 149.

⁵ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 473. En ce sens : HAUSER (J.), « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.*, 1996, chron., p. 182.

⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 38.

Le consentement du couple à l'AMP avec tiers donneur serait le fondement du lien de filiation bien qu'il ne soit pas corroboré par la biologie¹. Dans cette situation, il est vrai que « *ce n'est pas la biologie qui est à l'origine de la dette [des parents] auteur[s] du projet parental d'assumer l'enfant issu de ce processus, mais [leur] engagement à faire venir au monde un enfant* »². Monsieur Pierre MURAT estime également que l'engagement du couple receveur est la cause de la naissance de l'enfant en cas de PMA avec tiers donneur. Il est la source de la naissance au même titre que le rapport sexuel. Il affirme ainsi que « *celui qui s'engage à une place causale de premier ordre, aussi forte que le parent par le sang* »³. Le consentement à la technique de PMA serait juridiquement une confirmation de la filiation. A défaut de pouvoir être fondée sur la biologique, la parenté serait uniquement assise sur la volonté⁴. L'expression « *filiation biologique* » « *s'est répandue avec l'essor de la science. Mais c'est accorder à la biologie plus que le droit ne lui concède, car, même dans cette filiation biologique, la part de la possession d'état et de la volonté est considérable* »⁵. Il y aurait donc une place pour une filiation uniquement fondée sur la volonté et l'engagement à devenir parent, qu'il serait possible de réserver à l'hypothèse des procréations assistées. Cette filiation dite volontaire serait équivalente à la filiation biologique. Dès lors, « *l'acceptation de la charge placée comme condition préalable de la naissance en cas de PMA met l'acceptant d'emblée au premier rang des responsables directs et place l'engagement, en termes de causalités de la filiation, à égalité avec l'engendrement découlant du rapport charnel* »⁶. Le consentement à la PMA du couple receveur pourrait ainsi être assimilé à la procréation charnelle/naturelle en ce qu'il ferait naître une responsabilité générationnelle des parents⁷. Il existerait un mimétisme entre la volonté de rattacher l'enfant à naître conçu par une technique de PMA et l'engendrement charnel. Le droit concéderait donc une part plus importante à la volonté des parents, ce d'autant plus que « *fonder une famille est un acte de volonté, parce que c'est un acte de responsabilité* »⁸. Le couple bénéficiaire serait responsable à l'égard de l'enfant à naître, ce qui pourrait justifier la consécration d'une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître. L'indisponibilité de la filiation

¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 38.

² RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 472. En ce sens : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 38 ; CORNU (G.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2006, § 305.

³ MURAT (P.), « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 405.

⁴ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 474.

⁵ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 200-201.

⁶ MURAT (P.), précité, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 405.

⁷ En ce sens : THERY (I.), LEROYER (A.-M.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 176.

⁸ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 292.

de l'enfant serait davantage affirmée, malgré l'accroissement de la place accordée à la volonté des parties. Il n'existerait ainsi aucune possibilité d'aménagement privé de la filiation de l'enfant né par IAD, car ce type de procréation ne serait pas abandonné à la loi des membres du couple receveur¹. Ces derniers ne pourraient plus se dérober à la parenté qui leur est imposée.

449. Consacrer une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître ? – Dédire directement et systématiquement du consentement à la PMA l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant non conçu et les membres du couple receveur permettrait de stabiliser la filiation du mineur à naître. Cet encadrement de la volonté parentale garantirait le lien de parenté de l'enfant. Le consentement à la PMA avec tiers donneur vaudrait reconnaissance prénatale de l'enfant dans l'hypothèse où il viendrait à naître². En organisant l'établissement contraint de la filiation à l'égard du couple de cette manière, la filiation du mineur trouverait « *directement sa source dans l'engagement initial des parents* »³. Le recueil du consentement des membres du couple receveur par acte authentique⁴ suppose que les parents aient consenti en connaissance de cause à la PMA et à ses conséquences. Le caractère solennel de la procédure permet justement d'attester de la réalité du consentement et la volonté des parents. Cela confirme l'idée qu'ils ne peuvent pas se dérober à leurs responsabilités une fois que l'enfant est né. L'information préalable du couple receveur quant aux conséquences de la PMA sur la filiation de l'enfant abonde également ce sens. L'article 1157-3 du Code de procédure civile précise effectivement que l'établissement du lien de parenté à l'égard du mineur est imposé⁵.

Les alinéas quatrième et cinquième de l'article 311-20 pourraient être abrogés afin de faciliter la mise en œuvre de la parenté contrainte pour le couple receveur qui consent à une PMA. Un nouvel alinéa deuxième pourrait être rédigé en ce sens : « le consentement donné, par les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité, les concubins, dans les formes prévues par les articles 1157-2 et 1157-3 du Code de procédure civile, vaut reconnaissance anticipée de maternité ou de paternité dans le cas où un enfant viendrait à naître. Le juge ou le notaire, qui reçoit le consentement à la procréation médicalement assistée, établit, par un acte distinct, une reconnaissance anticipée de maternité ou de paternité dans les conditions de l'article 316 du Code civil. Cette reconnaissance anticipée de maternité ou de paternité est transmise par le

¹ Sur la question de la disponibilité de la filiation et la PMA : MURAT (P.), précité, in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : Economica, 2001, p. 133.

² GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 215.25.

³ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 39.

⁴ Art. 1157-2, al. 2 C. pr. civ.

⁵ De plus, l'acte authentique de l'article 1157-2 du Code de procédure civile doit mentionner que cette information a été donnée (art. 1157-3, *in fine* C. pr. civ.).

juge ou le notaire à l'officier de l'état civil¹. L'article 326 du Code civil est inapplicable »². Le recours à une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître dissimulerait la fiction selon laquelle le père ou la mère n'est génétiquement pas le parent de l'enfant en cas de recours à un tiers donneur. Ainsi, « *la volonté partagée du couple parental, certes donnée sous une forme solennelle,* » et valant reconnaissance de l'enfant à naître, « *suffit à désigner comme parent celui qui n'a joué aucun rôle biologique dans la conception de l'enfant parce qu'il voulait le jouer* »³. L'enfant bénéficie toujours d'une filiation sexuée, complète et crédible. Il dispose d'un père et d'une mère désignés comme tous les père et mère à partir d'un engendrement, à la différence près que cette désignation est réalisée par la reconnaissance anticipée de l'enfant à naître. L'engendrement reposerait donc prioritairement sur la volonté et non sur la procréation, mais il serait toujours vraisemblable puisque ses parents entretiennent des relations sexuelles.

450. La reconnaissance anticipée de l'enfant à naître : l'admission d'un engendrement par la volonté. – Avec l'établissement d'une reconnaissance de maternité ou de paternité de l'enfant à naître par acte distinct, l'acte de naissance de l'enfant ne mentionnerait pas que le mineur est né d'une AMP puisque la reconnaissance serait établie, au moins en apparence, selon les règles du droit commun de la filiation. Il y aurait désormais trois types de reconnaissance : la reconnaissance anticipée de l'enfant à naître réservée à la PMA ; la reconnaissance de l'enfant conçu non encore né ; la reconnaissance de l'enfant né. Ce déguisement permettrait, dans une certaine mesure, « *de rendre totalement indivisible la réalité de la situation et l'opération juridique pratiquée* »⁴. En effet, il est possible d'objecter que la création d'une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître présumerait d'une conception de l'enfant par le recours à une PMA avec tiers donneur. Le recours à une AMP serait donc implicitement révélé, ce qui n'interdit pas de maintenir l'exigence du recueil du consentement du couple bénéficiaire dans des conditions garantissant le secret⁵. A l'égard des tiers, les père et mère seront présumés être les parents biologiques de l'enfant, même si l'état civil de l'enfant mentionnerait l'existence de la reconnaissance anticipée de l'enfant à naître. C'est la raison pour

¹ Cette reconnaissance anticipée de l'enfant à naître serait reçue par l'officier de l'état civil dans les mêmes conditions qu'une reconnaissance anténatale. L'acte de naissance de l'enfant établi postérieurement comporterait la mention « reconnaissance anticipée de filiation de l'enfant à naître de ... reçue le ... par ... ».

² La référence aux partenaires liés par un PACS devrait également être introduite à l'alinéa premier, les autres alinéas n'étant pas modifiés. L'article 1157-2 du Code de procédure civile serait modifié en conséquence.

³ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 57-58.

⁴ MURAT (P.), précité, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 405.

⁵ Art. 311-20, al. 1^{er} C. civ.

laquelle l'admission d'une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître consacrerait potentiellement un engendrement par la volonté, à côté de l'engendrement par la procréation charnelle. Le droit de filiation ne serait pas fondamentalement bouleversé, car la fiction de l'engendrement serait maintenue tout en imposant fermement une parenté contrainte aux membres du couple receveur. L'enfant aurait une filiation en apparence conforme à une possibilité biologique, mais elle ne serait plus présumée conforme à la vérité biologique puisque elle résulterait d'une reconnaissance anticipée de maternité ou de paternité qui implique le recours à une PMA. Pour autant, la filiation de l'enfant serait toujours fondée sur la réalité d'un engendrement, qui implique d'associer les forces procréatrices d'un homme et d'une femme. Autrement dit, en tant que construction juridique abstraite et institutionnelle, la filiation prendrait toujours appui sur la réalité d'un engendrement¹.

La cause de la filiation fondée sur l'engendrement par la volonté serait équivalente à la cause de la filiation par l'engendrement par la procréation charnelle. Il y aurait néanmoins une autonomie de la filiation non fondée sur l'engendrement naturel. Il ne serait plus utilisé « *des techniques destinées à approcher la vérité biologique au plus près pour établir une filiation que l'on sait d'emblée non biologique* »² comme la présomption de paternité³. Le lien de filiation ne serait pas identique à celui du parent par le sang puisqu'il découle d'une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître. Il reposerait uniquement sur la volonté. Or, « *le fait de vivre comme si le lien biologique existait crée un réseau de pratiques et de sentiments, une communauté psychologique qui peut être aussi forte que la communauté par le sang* »⁴. Cette vérité sociologique, conséquence d'un engendrement par la volonté, rejoindrait la vérité juridique, issue d'un engendrement par la procréation charnelle. La filiation de l'enfant serait donc toujours fondée sur un mythe de l'engendrement⁵. Il y aurait l'engendrement par la volonté et l'engendrement par la sexualité ou par la procréation. La filiation issue de la volonté serait toujours la parenté d'origine⁶, mais son caractère volontaire serait davantage affirmé au détriment de la réalité biologique et surtout charnelle. La filiation ne serait plus réduite à la seule vérité biologique⁷. Il

¹ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 20.

² MURAT (P.), « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 259.

³ Art. 313 C. civ.

⁴ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 216.

⁵ Sur cette question : MURAT (P.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 259.

⁶ CORNU (G.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2006, § 273.

⁷ Sur cette question : NEIRINCK (C.), précité, in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 29.

n'y aurait plus une « *biologisation absolue de la filiation* »¹, d'autant que le lien biologique ne constitue plus le seul fondement du lien juridique entre un parent et un enfant avec le développement permettant un engendrement hors de la biologie des parents². Néanmoins, nonobstant l'autonomisation du statut de l'engendrement par la volonté, l'enfant serait toujours le résultat de la volition de deux personnes, et non pas d'un couple et d'un donneur, c'est-à-dire trois individus³. Le tiers donneur ne s'inscrit pas le projet parental du couple receveur.

451. Le refus d'un engendrement « avec tiers donneur ». – Cette proposition est différente de celle envisagée par le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité » qui souhaite consacrer un engendrement par tiers donneur⁴. La filiation de l'enfant serait fondée sur un don d'engendrement, ce qui permettrait de reconnaître un rôle au tiers donneur, c'est-à-dire sa qualité de géniteur. Sa capacité à permettre à d'autres de devenir parent serait formellement consacrée, même si son don est exclusif de toute parenté⁵. Or, le choix d'engendrer n'appartient pas au donneur. L'engendrement de l'enfant ne repose que sur la volonté du couple receveur. C'est pour cette raison qu'il est préférable d'admettre un engendrement par la volonté, qui ne bouleverserait pas fondamentalement les règles de la filiation, plutôt qu'un engendrement par un tiers donneur. En effet, la filiation établie à la suite d'un engendrement avec tiers donneur est réalisée selon une modalité *sui generis*. Elle apparaît en tant que telle dans l'acte de naissance⁶. Chaque personne en consultant son acte de naissance saura par quel biais sa filiation a été établie, en particulier si sa conception résulte d'une PMA. Le recours à une AMP serait donc explicitement révélé⁷. Les auteurs du rapport envisagent ainsi une déclaration commune anticipée de filiation par laquelle les membres du couple receveur « *consentent à être les futurs parents de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation* »⁸. Cela signifie que le couple receveur consent à la PMA, mais aussi à l'établissement de la filiation qui reposerait encore sur leur volonté. Cela est d'autant plus vrai qu'il est ensuite envisagé une solution si l'un des parents

¹ KAHN (A.), « La loi bioéthique, l'anonymat du don de gamètes et la recherche sur embryon » (entretien), *D.*, 2011, p. 2192. Voir également : THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 180.

² ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », in LEQUETTE (Y.), MAZEAUD (D.), [ss. dir.], *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2014, p. 165.

³ *Contra*. THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 269.

⁴ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 147 et s. Voir déjà : THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 124 et s.

⁵ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 159 et s. Voir déjà : THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 129 et s.

⁶ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 181.

⁷ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 178.

⁸ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 178.

refuse que la déclaration anticipée de filiation soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant¹. La parenté n'est donc pas imposée aux membres du couple receveur. C'est pourquoi il convient « *d'ignorer le don d'ovocytes comme fondement possible de la maternité afin de soumettre la filiation par assistance médicale à la procréation, au moins en apparence, au droit commun* »². Une solution identique vaut *a priori* pour le don de sperme.

452. La contestation impossible du lien de filiation. – L'admission d'un engendrement par la volonté dans le cadre de la PMA paraît également justifiée dans la mesure où il n'est pas possible de contester le lien de filiation de l'enfant né d'une AMP. La filiation promise par les parents est due³. L'alinéa deuxième de l'article 311-20 du Code civil dispose que « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet* ». Ce texte érige une « *véritable fin de non-recevoir de portée très générale* ». Il vise « *‘toute action’ en contestation, quel qu'en soit l'auteur, et quelle que soit la filiation combattue : paternité ou maternité, en ou hors mariage* »⁴. Admettre que les parents ne puissent pas contester la filiation de l'enfant permet de supposer qu'ils doivent assumer les conséquences de leur engagement auprès de l'enfant à naître, peu importe qu'ils refusent volontairement de prendre en charge le mineur. De ce point de vue, l'interdiction de contester la filiation juridiquement imposée se concilie avec l'assimilation du consentement à la PMA à une reconnaissance anticipée de paternité ou de maternité de l'enfant à naître. En effet, si la filiation est juridiquement établie à compter du consentement, il paraît cohérent de ne pas autoriser le couple receveur à revenir sur leur accord au moyen d'une action en contestation de la filiation. Dans le cas contraire, cela reviendrait à accepter une contractualisation de la filiation au seul profit des membres du couple receveur. Les deux tempéraments légaux apportés à ce principe permettent de conforter l'idée que le consentement à la PMA vaut reconnaissance de l'enfant à naître.

L'action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation n'est possible que si l'enfant n'est pas issu de la PMA ou si le consentement a été privé d'effet⁵. Dans le premier cas,

¹ THERY (I.), LEROYER (A.-M.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 181.

² NEIRINCK (C.), « La qualification de donneur dans l'assistance médicale à la procréation », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.

³ GRANET (F.), précité, *Petites affiches*, 2 octobre 1999, n° 119, p. 5.

⁴ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 870.

⁵ Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance (art. 311-20, al. 3 C. civ.).

il paraît cohérent que les règles spéciales de la parenté imposée ne s'appliquent pas puisque l'enfant n'est pas issu d'une AMP. Dans le second cas, si le consentement est privé d'effet, le parent n'a pas consenti en connaissance de cause à la PMA et l'établissement contraint de la filiation qui s'ensuit. Cette absence de consentement à l'AMP justifie que l'un des membres du couple receveur n'assume pas une paternité ou une maternité qu'il n'a pas voulue. Elle manifeste un refus de la PMA¹ par l'un des membres du couple receveur.

453. L'intérêt de l'enfant. – La question de la compatibilité de la parenté imposée au couple receveur avec l'intérêt supérieur du mineur né de la PMA a pu être posée². Madame Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI aurait ainsi préféré substituer au maintien forcé et théorique d'une filiation contraire à la vérité biologique et affective, le versement de dommages-intérêts à l'enfant en raison de la faute commise par les parents qui ont fait venir un enfant pour l'abandonner ensuite³. C'est l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* qui justifierait le caractère non obligatoire de l'établissement du lien de filiation. Or, les questions relatives à la filiation ne peuvent pas être tranchées en fonction de l'intérêt spécifique de chaque mineur. En droit de la filiation, c'est l'intérêt de l'enfant apprécié *in abstracto* qui sert de guide au législateur⁴. Admettre l'inverse reviendrait à faire de la filiation un droit disponible, préjudiciable à l'enfant et à la société. L'intérêt général implique d'assurer à tous les mineurs la stabilité de leurs états. Il ne peut autoriser les connivences des adultes au risque d'entraîner une contractualisation de la parenté. Il n'est donc « *pas aberrant d'interdire à celui qui appelle un enfant à la vie de refuser ensuite d'en assumer la charge, eu égard au désordre social auquel conduirait de tels retournements* »⁵.

L'admission d'une parenté imposée garantit l'intérêt patrimonial du mineur. Il conserve un débiteur d'aliments et une vocation successorale. Il bénéficie aussi d'une créance d'entretien⁶. Son intérêt extrapatrimonial est également protégé, mais il doit être relativisé. Certes, l'enfant acquiert une identité. Il connaît ses origines et les conditions de sa conception. Néanmoins, il existe un certain nombre de difficultés sur le terrain personnel lorsque le parent refuse de prendre en charge l'enfant qu'il a appelé à la vie. Faut-il lui conférer l'exercice de l'autorité parentale et les droits qui y sont attachés ? Dans quelle mesure l'enfant pourra-t-il recevoir une éducation de ce parent qui a été reconnu comme tel contre sa volonté ? Si le parent refuse de donner une

¹ TGI Paris, 2 septembre 1997, *RTD civ.*, 1997, p. 919, obs. HAUSER (J.).

² Notamment : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), précité, *RTD civ.*, 1995, p. 249.

³ RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Procréations assistées : état des questions », *RTD civ.*, 1987, p. 457. Également en ce sens : TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 870.

⁴ *Supra*. § 337.

⁵ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 870.

⁶ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 479. En ce sens : TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 870.

dimension personnelle au lien de filiation, il ne paraît concevable de le contraindre à exercer ses prérogatives, ce d'autant plus que la fonction parentale est un comportement personnel qu'il n'est pas possible d'imposer¹. L'enfant pourrait en outre être victime d'un délaissement familial², ce qui justifierait également son appartenance à une catégorie classique d'enfant victime de sa famille. C'est la raison pour laquelle il a été proposé d'instaurer une voie médiane qui « *consiste à opérer une ventilation entre les attributs de la parenté pour n'en retenir que certains et exclure les autres* »³. Cette idée, qui n'est pas nouvelle⁴, consisterait à limiter les effets de la parenté imposée au couple receveur à des aspects purement patrimoniaux. L'adulte qui a consenti à la PMA serait le débiteur d'une véritable obligation alimentaire envers le mineur, mais il ne disposerait d'aucun droit personnel sur l'enfant. Celui-ci pourrait par ailleurs faire établir sa filiation à l'égard d'une autre personne par la voie de l'adoption⁵. L'adage de LOYSEL « *qui fait l'enfant doit le nourrir* » prendrait alors un sens moderne : « *qui prend l'enfant doit le nourrir* »⁶. Autrement dit, le parent d'intention aurait impérativement la charge de l'enfant puisque le tiers donneur ne peut pas établir un lien de parenté avec le mineur.

B/ L'établissement interdit de la filiation à l'égard du tiers donneur

454. La filiation biologique de l'enfant dissimulée. – Selon l'article 311-19, alinéa premier du Code civil, « *en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* »⁷. Ce postulat est complété par l'alinéa deuxième de l'article 311-20 du même Code selon lequel est « *interdit toute action aux fins d'établissement [...] à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet* ». Cette solution entraîne une dissimulation de la filiation biologique de l'enfant à l'égard du tiers donneur. Elle concerne la filiation paternelle et maternelle, quel que soit leur mode d'établissement en droit positif : acte de naissance, présomption de paternité, reconnaissance, possession d'état constatée par acte de notoriété ou déclaration judiciaire de paternité ou de

¹ FENOUILLET (D.), « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », *in op. cit., Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p 509. En ce sens : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 480.

² *Supra.* § 29 et s.

³ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 482 et s.

⁴ FENOUILLET (D.), précité, *in op. cit., Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p 509.

⁵ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 482.

⁶ FENOUILLET (D.), précité, *in op. cit., Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p 509.

⁷ L'alinéa second énonce qu'« *aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur* ».

maternité. Il est effectivement cohérent de refuser l'établissement d'une filiation à l'égard de la personne « *qui s'est contentée de donner ses gamètes par altruisme, sans avoir un quelconque projet parental* »¹. A cet égard, la dissimulation de la filiation biologique concorde avec l'idée d'une parenté uniquement fondée sur l'engendrement par la volonté dans le cadre de la PMA. L'engagement des parents serait la seule cause de la filiation qui ne serait pas assise, du moins en partie, sur le fait biologique. Autrement dit, la filiation, établie par une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître, ne ferait pas référence à un élément biologique. Seule la volonté du couple receveur serait prise en compte. Il y aurait donc une filiation par l'engendrement par la volonté, fondée sur l'engagement et le consentement du couple receveur, et une filiation par l'engendrement charnel, établi par le fait biologique. L'interdiction posée à l'article 311-19 du Code civil est renforcée par les dispositions qui assurent l'anonymat des donneurs, sauf si celui-ci doit être levé pour des nécessités thérapeutiques. Ce principe est posé par différents textes² (1), mais il pourrait être remis en question (2).

1/ Le principe de l'anonymat du tiers donneur

455. La justification de l'anonymat du donneur et du secret de la PMA. – L'anonymat du donneur et le secret entourant la PMA permettent au couple bénéficiaire d'être le couple parental, ce d'autant plus que la filiation repose sur des fondements traditionnels³. Ces éléments sont justifiés par la volonté de rendre indivisible le lien de filiation à l'égard de la mère et du père et par l'infertilité du père, de la mère ou des deux membres du couple bénéficiaire. Ils garantissent à l'homme ou à la femme que le donneur ne pourra pas prendre leur place et au donneur de ne pas être parent contre sa volonté⁴. L'anonymat du don et le secret de la PMA permettraient d'assurer la paix des familles⁵. Ces règles, combinées à celles interdisant l'établissement d'une parenté entre l'enfant et le donneur, et contraignant les parents à reconnaître l'enfant, assurent en droit positif la pérennité du secret. L'affectif et la volonté du couple bénéficiaire primeraient le fait biologique⁶. Cette filiation fictive et élective repose sur un don de gamètes, mais elle « *officiellement traitée comme une filiation présumée conforme à la vérité biologique grâce à un tour de passe-passe* ». La qualification de donneur « *réalise une véritable*

¹ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 873.

² Art. 16-8 C. civ. ; art. L. 1211-5, 1244-7 et L. 2141-6 C. santé pub.

³ NEIRINCK (C.), précité, *in* FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.

⁴ En ce sens : THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 30.

⁵ Argument repris par : CE, 10^e et 9^e s.-sect. réunies, avis, 13 juin 2013, *Molena*, n° 362981 ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133, obs. BINET (J.-R.).

⁶ NICOLAS-MAGUIN (M.-F.), « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.*, 1995, chron., p. 75.

«transmutation’’ juridique ». Le tiers donneur est réduit aux gamètes qu’il a données, « être humain et sujet de droit, il disparaît, ne laissant d’apparents que les matériaux biologiques nécessaires à la réalisation du projet parental »¹. Monsieur Jean-René BINET explique ainsi que l’encadrement législatif de l’AMP « traduit l’existence d’une fiction structurante »² : faire comme si l’enfant a été conçu sans PMA et lui permettre d’y croire. A l’appui du maintien du principe de l’anonymat du tiers donneur, est également invoqué le risque d’une baisse du nombre de don de gamètes. Cette affirmation n’a jamais été démontrée³, ce qui n’a pas empêché le législateur de confirmer le principe de l’anonymat du don de gamètes.

456. La confirmation législative de l’anonymat du donneur. – Malgré différentes études favorables au droit de l’enfant à la connaissance de ses origines⁴, notamment en raison des effets négatifs sur son développement du refus de toute information sur les éléments entourant sa conception⁵, le législateur a posé en principe l’anonymat du don de gamètes en 1994⁶. Ce postulat, bien que discuté⁷, n’a pas été remis en question par les différentes lois bioéthiques intervenues en 2004⁸ et en 2011⁹. Le projet de loi relatif à la révision des lois bioéthiques, enregistré à la présidence de l’Assemblée nationale le 20 octobre 2010, prévoyait de rendre possible la levée de l’anonymat du don de gamètes¹⁰. Il était envisagé que les enfants nés d’une PMA puissent accéder à leur majorité à des données non identifiantes sur le donneur, voire à son identité si ce dernier y consentait. Il fallait une rencontre des volontés entre l’enfant et le donneur

¹ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.

² BINET (J.-R.), « Le secret des origines », *JCP G.*, 2012, supplément au n° 47, p. 9.

³ NICOLAS-MAGUIN (M.-F.), précité, *D.*, 1995, chron., p. 75 ; THERY (I.), LEROYER (A.-M.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 211.

⁴ CONSEIL D’ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 69 et s. ; ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.) et al., Rapport précité, *Doc. fr.*, 1993, p. 110 et s.

⁵ En ce sens : MEULDERS-KLEIN (M.-T.), précité, *RTD civ.*, 1988, p. 645.

⁶ L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO*, 30 juillet 1994, p. 11056 ; L. n° 94-654 précitée.

⁷ NICOLAS-MAGUIN (M.-F.), précité, *D.*, 1995, chron., p. 75 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « L’anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d’Aix-Marseille, 1996, p. 81 ; GAUMONT-PRAT (H.), « Le principe de l’anonymat dans l’assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *Dr. famille*, 2001, chron n° 2 ; DEPADT-SEBAG (V.), « Le don de gamètes ou d’embryon dans les procréations médicalement assistées : d’un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, p. 891 ; BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, tome 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 205 et s. ; THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l’Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 107 et s. ; DEPADT-SEBAG (V.), « La place des tiers dans la conception d’un enfant né par AMP avec donneur », un secret d’ordre public », *D.*, 2010, p. 330. Lors des entretiens initiés par l’Académie des sciences morales et politiques qui se sont déroulés le 21 mars 2011 à l’Institut de France, le principe de l’anonymat du don de gamètes a également été critiqué : PUIGELIER (C.), « La levée de l’anonymat du don de sperme », in TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : Mare & Martin, 2012, p. 23 ; LEBRETON (G.), « L’identité humaine dans le projet de loi Bioéthique », in TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : Mare & Martin, 2012, p. 45 ; THERY (I.), précité, in TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : Mare & Martin, 2012, p. 63.

⁸ L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO*, 7 août 2004, p. 14040.

⁹ L. n° 2011-814 précitée.

¹⁰ *Projet de loi n° 2911 relatif à la bioéthique*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, art. 14 à 18.

pour que l'anonymat soit dissipé, ce qui permettait à l'enfant de se tenir éloigné de la vérité biologique pour s'en tenir à la réalité affective¹. Le Gouvernement s'était inspiré des opinions émises par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques² et le Conseil d'Etat³ pour consacrer une évolution de la législation sur ce point. Il n'a toutefois pas été suivi par le Parlement qui a rejeté cette ouverture lors de l'examen en première lecture de la loi⁴. La jurisprudence n'a en outre pas remis en question la règle de l'anonymat du donneur.

457. La confirmation jurisprudentielle de l'anonymat du donneur. – Dans sa décision n° 94-343/344 DC, le Conseil constitutionnel a estimé que « *l'interdiction de donner les moyens aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par* » le Préambule de la Constitution de 1946⁵. Les Sages de la rue Montpensier ont ainsi validé le principe de l'anonymat du don de gamètes et l'impossibilité pour les enfants nés d'une PMA de connaître leurs origines. Le tribunal administratif de Montreuil a maintenu le principe de l'anonymat du don de gamètes⁶. Cette juridiction était saisie par une requérante née d'un tel don⁷. Elle sollicitait des juges administratifs l'accès au nom du donneur à l'origine de sa conception. Elle invoquait notamment l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales interprété comme donnant le droit de connaître l'identité de son géniteur à condition de concilier les intérêts en présence. Le tribunal administratif a rejeté tous les arguments opposés en faveur de la levée de l'anonymat du donneur de gamètes. Il considère que les dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, ayant pour objet d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde de la vie privée, laissent au législateur une marge d'appréciation étendue en particulier dans le domaine de l'AMP. En cela, la juridiction s'est fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme⁸. Elle a ensuite ajouté que « *la règle*

¹ BINET (J.-R.), « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. famille*, 2011, étude n° 21 ; BINET (J.-R.), *op. cit.*, Paris : Lexisnexis, 2012, § 148.

² CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), *Rapport n° 1325* précité, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN.* 2008, p. 133 et s.

³ CONSEIL D'ETAT, *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 52 et s.

⁴ Sur ce point : BINET (J.-R.), *op. cit.*, Paris : Lexisnexis, 2012, § 151.

⁵ Cons. const., 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, n° 94-343/344 DC, considérant n° 11.

⁶ TA Montreuil, 14 juin 2012, req. n° 1009924 ; *Jurisdata* n° 2012-012516 ; *JCP G.*, 2012, act. 802, note BINET (J.-R.) ; *RRJ*, 2012-4, p. 1659, note MARLIAC (C.).

⁷ Les faits de l'affaire ont été médiatisés et la requérante a publié un livre (KERMALVEZEN (A.), *Mes origines, une affaire d'Etat*, Paris : Max Milo Editions, 2014).

⁸ Cour EDH, gr. ch., *S.H. et autres c/ Autriche* précité, § 97 et 117.

de l'anonymat du donneur de gamètes, qui répond notamment à l'objectif de respect de la vie familiale au sein de la famille légale de l'enfant conçu à partir de gamètes issues de ce don, ainsi qu'à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur, n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée de la personne ainsi conçue »¹. Cette position jurisprudentielle, par ailleurs contestable sur ce point², n'a pas été démentie par le Conseil d'Etat qui a rendu un avis dans le même sens le 13 juin 2013.³

La Haute juridiction administrative affirme qu'en prohibant la révélation de toute information relative aux données personnelles d'un donneur de gamètes, le législateur a établi un juste équilibre entre les différents intérêts en présence. C'est pourquoi l'interdiction posée par la loi n'est pas contraire aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Deux questions ont ainsi été posées au Conseil d'Etat.

La première concernait la compatibilité de la restriction de l'accès, pour les receveurs d'un don de gamètes, aux données non identifiantes de nature médicale aux articles 8 et 14 de la Convention précitée. Le Conseil d'Etat a considéré que s'il est vrai que les données médicales ne sont accessibles qu'au médecin et non à la personne elle-même, la conciliation des intérêts en cause ainsi réalisée et la différence de traitement entre le médecin et toute autre personne relèvent de la marge d'appréciation reconnue en la matière aux Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Il ajoute que les désavantages d'un accès à ces informations seraient plus grands que l'anonymat compte tenu des objectifs de protection de la santé, de préservation de la vie privée et du secret médical. Enfin, il rejette l'argument fondé sur une discrimination à la naissance en jugeant que « *l'enfant issu d'un don de gamètes ne se trouve pas dans une situation analogue, et par suite comparable ni à celle des enfants du donneur de gamètes, ni à celle des enfants du couple receveur* ». Cette analyse est critiquable car « *le Code de la santé publique consacre, depuis la loi du 4 mars 2002, un véritable droit d'accès au profit du patient, à qui le secret ne peut jamais être opposé* »⁴. L'article L. 1111-7 de ce Code précise effectivement que « *toute personne à accès à l'ensemble des informations*

¹ Le tribunal administratif de Montreuil a également estimé que « *les informations contenues dans le dossier d'un donneur de gamètes utilisés dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation constituent un secret protégé par la loi au sens de l'article 6 de la loi [n° 78-17] du 6 janvier 1978 garantissant en particulier la préservation de l'anonymat du donneur à l'égard de toute personne demandant à y avoir accès et notamment celle qui a été conçue à partir de gamètes issues de ce don ; qu'il ne peut être dérogé à cette règle, dans certaines conditions, qu'au profit des autorités sanitaires, des praticiens agréés pour les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation et des médecins dans l'intérêt thérapeutique de l'enfant ainsi conçu* ».

² BINET (J.-R.) « Insémination avec tiers donneur : pas de levée de l'anonymat, note sur TA Montreuil, 14 juin 2012, req. n° 1009924 : Jurisdata n° 2012-012516 », *JCP G.*, 2012, act. 802.

³ CE, 10^{ème} et 9^{ème} s.-sect. réunies, avis, 13 juin 2013, *Molena*, n° 362981 ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133, obs. BINET (J.-R.).

⁴ BINET (J.-R.), « Anonymat du don de gamètes : toujours pas de violation du droit au respect de la vie privée, obs. sous CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981 : Jurisdata n° 2013-011962 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133.

concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé ». En outre, le droit de savoir est fondé sur le principe de la dignité de la personne humaine posé à l'article 16 du Code civil¹. Il est toutefois possible d'objecter que les médecins peuvent avoir accès aux données médicales non identifiantes, ainsi que sur le fait que l'enfant issu du don de gamètes n'est pas un patient. Dès lors, s'il ne jouit pas de cette qualité, il paraîtrait cohérent qu'il n'ait pas accès aux données médicales non identifiantes.

La seconde question posée au Conseil d'Etat était relative à la compatibilité de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales à la prohibition de communiquer au receveur d'un don de gamètes les informations permettant d'identifier l'auteur de ce don, même avec l'accord de ce dernier. Pour la Haute juridiction administrative, cette règle de l'anonymat du donneur de gamètes correspond « à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur et de sa famille », ainsi qu'à « l'objectif de respect de la vie familiale au sein de la famille légale de l'enfant conçu à partir de gamètes issues de ce don, étant toutefois précisé que s'agissant du receveur, cette règle de l'anonymat ne saurait, en tout état de cause, être constitutive d'une atteinte à la vie familiale ». S'agissant de la personne issue d'un don de gamètes, le Conseil d'Etat estime enfin que si la règle de l'anonymat du don « s'oppose à la satisfaction de certaines demandes d'information », elle s'applique à tous les dons d'un élément ou d'un produit du corps humain et « n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée et familiale de la personne ainsi conçue, d'autant qu'il appartient au demeurant aux seuls parents de décider de lever ou non le secret sur la conception de cette personne ». Il a donc adopté une position diamétralement opposée à la proposition qu'il avait émise dans son rapport relatif à « La révision des lois bioéthiques » en 2009².

458. Approche comparée de la règle de l'anonymat du don de gamètes. – La solution législative, telle qu'elle a été confirmée par la jurisprudence, est différente de celle adoptée par plusieurs Etats en Europe. Si certains posent en principe la règle de l'anonymat du don de gamètes, des législations étrangères sont revenues sur ce postulat en matière d'AMP³. En Italie, la question de l'anonymat ne se pose pas car le don de gamètes y est interdit. Néanmoins, cet Etat envisage la situation du mineur né d'un tel don en niant l'existence d'un lien entre le donneur et l'enfant. L'Espagne et le Danemark affirment le principe de l'anonymat du don de gamètes. La

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 128.

² CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 69 et s.

³ Sur cette question : SENAT, *L'anonymat du don de gamètes*, Etude de législation comparée, n° 186, *Doc. Sénat*, 2008 ; MATHIEU (G.), « La place du donneur d'engendrement », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 135 ; THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 207.

loi espagnole admet cependant que l'enfant né d'une PMA puisse accéder à des données non identifiantes à sa majorité. La Cour constitutionnelle fédérale allemande ne permet pas aux donneurs de rester anonymes. Elle reconnaît le droit à la connaissance des origines génétiques, ce qui est incompatible avec le droit du donneur de rester anonyme. Cette solution crée certaines difficultés, étant donné que la loi allemande n'organise pas la communication des informations sur les donneurs. Surtout, l'identification de ces derniers peut avoir des conséquences en matière de filiation pour l'enfant conçu par PMA. La législation allemande ne prohibe pas l'établissement du lien de filiation entre le donneur et l'enfant. Celui-ci peut contester la paternité du mari de sa mère, bien que ce dernier ait donné son consentement au don de sperme. Si la contestation de sa filiation paternelle aboutit, rien n'interdit au juge d'établir sa paternité avec le donneur. A l'inverse, d'autres Etats disposent d'une législation spécifique relative à l'accès aux origines de l'enfant né d'une AMP, afin d'éviter tout risque juridique pour les donneurs grâce à des dispositions sur la filiation. En Suède, depuis le 1^{er} mars 1985, l'enfant né d'un don de sperme a le droit de connaître l'identité du donneur. C'est également le cas pour l'enfant né d'un don d'ovocytes depuis le 1^{er} janvier 2003. La Suisse, l'Autriche, la Norvège, et le Royaume-Uni ont prévu que les enfants puissent obtenir des données identifiantes sur le donneur. L'Islande a adopté un système à « double guichet ». Le donneur peut choisir de demeurer anonyme, mais il peut également donner son accord à la communication de son identité à l'enfant. La Belgique a adopté un dispositif similaire hormis pour les dons d'embryons qui restent anonymes. Les Pays-Bas et la Finlande ont abandonné le système du « double guichet ». Dès lors, il existe aujourd'hui en Europe « *une tendance à donner la priorité au droit des enfants à la connaissance de leurs origines génétiques et donc à lever l'anonymat des donneurs* »¹, ce qui pourrait justifier une remise en cause du principe de l'anonymat du donneur.

2/ La remise en cause du principe de l'anonymat du donneur

459. La négation de l'intérêt supérieur de l'enfant. – En matière de PMA, la négation de la filiation biologique est totale. C'est un préalable délibéré et absolu dont le bien-fondé semble discutable du point de vue de l'intérêt supérieur du mineur². En effet, la règle de l'anonymat du don de gamètes a été « *critiqué[e] au nom de l'intérêt de l'enfant, psychologique avant tout, qui n'est pas nécessairement satisfait par cette politique de terre brûlée* »³. Elle l'a

¹ SENAT, Etude précitée, n° 186, *Doc. Sénat*, 2008, p. 9.

² En ce sens : NICOLAS-MAGUIN (M.-F.), précité, *D.*, 1995, chron., p. 75.

³ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 807.

également été au regard de la liberté du couple bénéficiaire, qui devrait prévaloir, et auquel il est envisagé d'ouvrir une option entre secret et transparence¹, ou encore en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes².

Madame Catherine LABRUSSE-RIOU a qualifié cette règle de « *fallacieuse* » dans le sens où elle est destinée à tromper, à égarer. Elle justifie cette affirmation par le fait que le consensus sur l'anonymat du don de gamètes est le résultat « *d'un consensus sur les droits des adultes acquis sans considération de ce qui se passe et pourra se passer ultérieurement, non seulement pour l'enfant, premier intéressé pourtant, et à travers lui pour la société toute entière, c'est-à-dire pour l'ensemble du droit de la filiation dont l'incohérence est le signe d'une perte de sens et l'ouverture à l'autofondation de parents au nom de désirs dont nul ne connaît les limites et la versatilité* »³. C'est la raison pour laquelle la négation de l'accès aux origines pour le mineur né d'une PMA semble ne pas respecter les droits de l'enfant, qui subit une rupture entre sa filiation établie juridiquement et la réalité des conditions dans lesquelles il a été conçu. Il conviendrait donc de ne plus nier la complexité des rapports découlant d'une PMA. Monsieur Jean-René BINET affirme ainsi qu'« *au-delà de la question de l'anonymat, c'est bien celle de l'intérêt de l'enfant qui se pose : il commande de lui assurer une filiation la moins complexe possible* »⁴. Si la consécration d'une filiation par l'engendrement de la volonté au moyen d'une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître participe à cette simplification, l'accès aux origines de l'enfant né d'une PMA devrait également y contribuer. L'intérêt des adultes désireux d'accomplir leur désir d'enfant ne devrait plus l'emporter sur l'intérêt de l'enfant qui devrait être la considération primordiale⁵. La régulation du désir d'enfant implique de favoriser une conciliation entre l'intérêt des adultes et l'intérêt du mineur à connaître la vérité sur les circonstances de sa conception, ce qui lui permettrait de se construire une identité⁶. En effet, « *celui qui a contribué à donner la vie à un enfant appartient à son histoire ; même si le droit se refuse à en faire un élément de son état, il fait partie de son identité* »⁷.

¹ DEPADT-SEBAG (V.), précité, *D.*, 2004, p. 891.

² DEPADT-SEBAG (V.), précité, *D.*, 2010, p. 330.

³ LABRUSSE-RIOU (C.), précité, in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 81.

⁴ BINET (J.-R.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133.

⁵ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 66.

⁶ Sur cette question : THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 215 et s.

⁷ FULCHIRON (H.), précité, *D.*, 2013, p. 100.

460. L'identité de l'être humain : un élément du droit à la vie privée et familiale. – La notion de vie familiale « *cohabite dans la jurisprudence européenne avec le “concept gigogne” de vie privée et familiale qui recouvre un ensemble de droits individuels liés à la famille* »¹. « *Les notions de vie privée et de vie familiale sont des notions larges qui ne peuvent faire l'objet d'une définition exhaustive* »², ce qui permet d'y inclure le droit de connaître ses origines. Dans l'arrêt *Gaskin c/ Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg a jugé que « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et qu'en principe les autorités ne l'empêchent pas de se procurer ces renseignements fondamentaux, sauf justification précise* »³. La Cour européenne des Droits de l'Homme a ensuite relevé qu'il n'existe « *pas d'assentiment général des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à savoir s'il est préférable, du point de vue de l'enfant ainsi conçu, de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci* », raison pour laquelle les Etats disposent d'une marge d'appréciation dans ce domaine⁴. L'arrêt *Mikulic c/ Croatie* marque une évolution dans la jurisprudence de la juridiction européenne. Elle estime que « *la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu* »⁵. A cet égard, elle rappelle que « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité* »⁶. Par conséquent, il paraît cohérent que l'enfant puisse avoir *a minima* accès à des données non identifiantes relatives au donneur de gamètes. C'est probablement à cette condition qu'il pourra se développer et construire sa personnalité. En définitive, la Cour de Strasbourg considère que « *le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* »⁷, même s'il faut admettre que le droit de connaître son ascendance n'implique pas systématiquement l'établissement d'un lien de filiation.

La volonté de lever l'anonymat et le secret entourant l'identité des donneurs de gamètes témoigne de la complexité de la situation que la loi a créée en autorisant le recours à des tiers donneurs. C'est « *cette complexité qui a conduit certains Etats à limiter cette possibilité* »⁸. Le 1^{er}

¹ SUDRE (F.) et al., *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 562. Voir également : SUDRE (F.), « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in SUDRE (F.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 11.

² Cour EDH, 14 février 2008, *Hadri-Vionnet c/ Suisse*, req. n° 55525/00, § 51. Déjà en ce sens : Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 61.

³ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, § 39.

⁴ Cour EDH, 22 avril 1997, *X. Y. et Z. c/ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, § 44.

⁵ Cour EDH, *Mikulic c/ Croatie* précité, § 53.

⁶ Cour EDH, *Mikulic c/ Croatie* précité, § 54.

⁷ Cour EDH, *Mikulic c/ Croatie* précité, § 34 – Cour EDH, *Jaggi c/ Suisse* précité, § 37.

⁸ BINET (J.-R.), *op. cit.*, Paris : Lexisnexis, 2012, § 147.

avril 2010, la juridiction européenne a estimé qu'il convenait de « *parvenir à une solution appropriée instaurant un juste équilibre entre l'intérêt des donneurs de gamètes à préserver leur anonymat et le droit légitime des enfants conçus par procréation assistée hétérologue à l'information* »¹. Cette affirmation n'a toutefois pas été reprise par la grande chambre de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt du 3 novembre 2011 dans lequel elle a refusé de condamner l'Autriche pour avoir fait le choix de restreindre l'accès à la PMA². *A fortiori*, cela pourrait signifier que la limitation de l'accès aux origines pour l'enfant né d'une AMP ne serait pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. L'enfant né de la PMA n'aurait pas un droit absolu pour accéder à des informations identifiantes ou non relativement au donneur. Une tendance nette existe cependant pour la consécration du droit de l'enfant à accéder à ses origines, ce d'autant plus que l'équilibre trouvé en matière d'accouchement secret et anonyme³ pourrait être consacré en matière de PMA. En effet, si l'accouchement sous X ne viole pas le droit de l'enfant à l'accès à ses origines, c'est parce qu'il existe des possibilités de lever l'anonymat et le secret de l'accouchement. La volonté de remettre en cause l'anonymat du don est également renforcée par le fait que le don de gamètes est un don particulier à l'origine de la vie de l'enfant.

461. Le don de gamètes : un don particulier à l'origine de la vie. – La distinction de l'engendrement de la procréation permet de reconnaître la singularité du don de gamètes⁴. Lorsqu'un couple a recours à une PMA, l'un des deux membres ne procrée pas en raison de sa stérilité. Nonobstant cette stérilité de l'homme ou de la femme, l'un ou l'autre va engendrer un enfant sans avoir procréé. La volonté du couple d'intention permet d'engendrer un enfant d'un point de vue psychique, mental, affectif et intentionnel, mais pas nécessairement sur un plan biologique puisqu'au moins un des deux membres du couple est stérile⁵. Cependant, cet engendrement par la volonté ne peut être réalisé qu'au moyen d'un don de gamètes au profit du couple receveur. Le tiers donneur participe donc au processus d'engendrement par la volonté. Par sa coopération, il permet une « *procréation singulière* »⁶ dans laquelle la volonté du couple bénéficiaire a une place plus importante que la biologie. Il permet à d'autres de devenir parent par l'établissement du lien de filiation, mais aussi d'engendrer un enfant. Sans son intervention,

¹ Cour EDH, *S.H. et autres c/ Autriche* précité, § 84.

² Cour EDH, gr. ch., *S.H. et autres c/ Autriche* précité, § 115.

³ Cour EDH, gr. ch., *Odièvre c/ France* précité, § 49 ; *supra*. § 348.

⁴ Sur ce point : THERY (I.), « Engendrement et filiation au temps du démariage », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 329.

⁵ Sur cette analyse : THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 160.

⁶ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 161.

l'engendrement ne pourrait pas avoir lieu, sachant que le choix d'engendrer ne lui appartient pas¹. Il permet de pallier l'infertilité de l'un des membres du couple. C'est pourquoi la loi ne peut pas faire « *comme si les gamètes étaient un matériel biologique comparable à du sang ou un tissu ou un organe* »². Elles ne sont pas du « *“matériau interchangeable”* »³. Autrement dit, le législateur a omis un point essentiel : « *le don de gamètes a vocation à faire advenir au monde un être distinct de ceux qui sont à l'origine de leur utilisation* »⁴. Il s'agit d'un « *don d'engendrement* », « *incomparable à tout autre don, et a fortiori incomparable à un simple don d'“élément du corps humain”* »⁵. La particularité du don de gamètes justifierait que l'enfant ait le droit d'accéder à l'identité du tiers donneur ou à tout le moins à des données non identifiantes, car cela lui permettrait de connaître des informations sur celui qui a permis l'engendrement par la volonté de ses parents. L'enfant aurait accès aux origines de son engendrement, ce qui lui permettrait de s'inscrire dans le projet commun de ses parents. Dès lors, la différence de nature entre le don de gamètes et le don des éléments et autres produits du corps humain justifierait un régime juridique distinct et la fin de l'anonymat⁶.

462. Les apports de la reconnaissance d'une filiation uniquement fondée sur l'engendrement par la volonté. – S'il est admis que la filiation affective est équivalente à la filiation biologique, rien ne devrait interdire l'ouverture de l'accès aux origines pour l'enfant né d'une PMA. En effet, dès lors que la filiation de l'enfant issu d'une AMP a pour filiation un engendrement uniquement fondé sur la volonté, la réalité biologique ne devrait pas remettre en cause cette parenté sociale. La filiation sociale protégée par le droit civil, en cas d'AMP, « *n'a pas à craindre la levée des secrets de la conception, tout comme la filiation adoptive n'a pas à craindre la levée du secret de la naissance* »⁷ en cas d'accouchement secret et anonyme. Un parallèle peut ainsi être fait entre la situation de l'enfant né sous X et celui né d'une PMA.

L'enfant issu d'un accouchement secret et anonyme, en tant que pupille de l'Etat⁸, peut être adopté en la forme plénière. L'adoption consacre une filiation élective fondée sur la volonté et sans lien biologique. Pour autant, l'adoption plénière de l'enfant ne lui interdit pas d'accéder à ses origines. Il peut, dans une certaine mesure, prendre connaissance de données identifiantes sur

¹ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 161.

² BINET (J.-R.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133.

³ THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 131.

⁴ BINET (J.-R.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133.

⁵ THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 132.

⁶ BINET (J.-R.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133.

⁷ LE BOURSCOT (M.-C.), « Accès aux origines personnelles : la délicate pesée des intérêts en présence, note sous CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981, M. A. et CAA Paris, 31 mai 2013, n° 12PA04956 », *RJPF*, 2013-9/26.

⁸ Art. L. 224-4, 1° C. act. soc. et fam. et art. 347, 2° C. civ. combinés.

sa mère de naissance. Il est même possible qu'il accède à son identité¹. Le couple bénéficiaire, en ayant recours à une PMA, accepte d'établir un lien de filiation avec l'enfant à naître. Ce lien de parenté, fondé sur un engendrement par la volonté, permet de relativiser l'importance du lien biologique en matière de filiation. Si celle-ci n'est pas élective, à la différence de l'adoption, elle est également volontaire. Le couple receveur fait le choix d'engendrer un enfant au moyen d'une PMA. Dans ce cas, il paraîtrait cohérent de permettre à l'enfant d'accéder à ses origines personnelles, c'est-à-dire de savoir quelle est la personne qui est à l'origine de sa conception comme en matière d'accouchement sous X². Une complémentarité³ serait assurée entre les parents, à l'origine de l'engendrement par la volonté, et le tiers donneur qui a permis la réalisation de cet engendrement, mais sans qu'une place plus importante lui soit accordée.

463. L'organisation de l'accès aux origines de l'enfant issu d'une PMA. – Le dispositif prévu aux articles L. 147-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles, à propos de l'accès aux origines pour l'enfant né sous X, pourrait être étendu au profit des enfants nés d'une PMA. Le principe de l'anonymisation du don de gamètes serait maintenu, tout en donnant la possibilité à l'enfant d'accéder à des données identifiantes ou non sur le donneur par l'intermédiaire du CNAOP. Seul l'enfant pourrait être à l'origine d'une telle demande. S'il est mineur, et qu'il a atteint l'âge de discernement, l'accord de ses représentants légaux serait toutefois nécessaire. Le donneur, lorsqu'il réalise le don de gamètes, devrait également disposer du choix de laisser des renseignements non identifiants et de permettre la levée de son identité auprès de l'enfant⁴. Il convient donc de l'inciter à laisser, au moment du don, un ensemble de renseignements non identifiants qui seront conservés par le CECOS⁵. Un système à « double guichet » serait donc mis en place pour permettre au donneur de laisser, s'il le souhaite, des

¹ *Infra.* § 530.

² Pour le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », il apparaît « discriminatoire de permettre aux personnes nées sous X d'accéder à leurs origines [...] et de refuser d'instituer ce droit au profit des personnes nées de don » (THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 225).

³ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 209.

⁴ A la différence de la proposition du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », le recueil de renseignements non identifiants ne serait pas systématique afin de préserver la liberté du donneur et son droit à la vie privée et familiale (THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 231). En outre, le recueil de ces informations non identifiantes serait réalisé par les CECOS, ceux-ci ayant déjà compétence pour recueillir et conserver l'identité des donneurs en application de l'article R. 1244-5 du Code de la Santé publique (THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 231). Le CNAOP pourrait dès lors solliciter des CECOS la copie des éléments relatifs à l'identité des donneurs ainsi que tout renseignement ne portant pas atteinte au secret de cette identité. En effet, le CNAOP peut déjà demander aux établissements de santé et aux services départementaux ainsi qu'aux OAA « copie des éléments relatifs à l'identité des personnes mentionnées aux alinéas qui précèdent ainsi que tout renseignement ne portant pas atteinte au secret de cette identité, et concernant la santé des père et mère de naissance, les origines de l'enfant et les raisons et circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé et habilité pour l'adoption » (art. L. 147-5, al. 2 C. act. soc. et fam.).

⁵ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 228.

informations identifiantes ou non¹. Sur ce point, il convient de ne pas autoriser systématiquement la délivrance de l'identité du donneur à la personne majeure née d'un don², dès lors que le tiers ne consent pas à la communication de son identité. Le respect du droit à la vie privée et familiale ne peut justifier une délivrance de plein droit de l'identité du donneur à la majorité de l'enfant. Cette dernière doit impérativement être subordonnée à l'accord préalable du donneur, exprimé lors de la réalisation du don de gamètes ou *a posteriori* lorsque l'enfant souhaite accéder à son identité. Cette proposition rejoindrait les recommandations émises par le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité » tendant à instituer un droit d'accès aux origines personnelles pour les personnes nées de dons³.

Donner à un mineur issu d'un don de gamètes la possibilité d'accéder à ses origines permettrait de concilier la liberté des parents d'assouvir leur désir d'enfant et la liberté du mineur de connaître les conditions dans lesquelles ce désir a été réalisé. Un équilibre serait garanti. Les parents seraient réellement contraints d'assumer la filiation créée par un engendrement par la volonté, tandis que l'enfant serait en mesure d'accéder à des éléments d'informations sur la personne biologiquement à l'origine de sa vie. Cette harmonisation entre les droits et intérêts en présence ne préjudicierait pas à la parenté volontairement établie, puisque le fait biologique ne présenterait qu'un aspect secondaire compte tenu de la place accordée à la volonté des parents d'engendrer. L'enfant né d'une PMA ne serait donc pas la victime de sa famille à la différence de celui né en fraude à la loi, dont la protection de la filiation pose davantage de difficultés.

§ 2/ La reconnaissance de la filiation de l'enfant né en fraude à la loi

464. « *L'enfant de la fraude* »⁴. – Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation a refusé de reconnaître la filiation d'un enfant né à l'étranger au moyen d'une GPA. Pour refuser la transcription des actes de naissance de ces mineurs issus d'une maternité de

¹ CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), *Rapport n° 1325* précité, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN*, 2008, p. 138. Également en ce sens : BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 206 et s.

² *Contra*. THERY (I.), LEROYER (A.-M.), *Rapport précité*, *Doc. fr.*, 2014, p. 230.

³ THERY (I.), LEROYER (A.-M.), *Rapport précité*, *Doc. fr.*, 2014, p. 226. Voir également : ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 65 et s., spé. p. 66.

⁴ FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), « L'enfant de la fraude... Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse, note sur Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 », *D.*, 2014, p. 905 ; FULCHIRON (H.), « *Fraus omnia corrumpit* ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femme », *D.*, 2014, p. 1162.

substitution, la Haute juridiction a eu recours à la fraude¹. C'est également sur ce fondement que le tribunal de grande instance de Versailles et celui d'Aix-en-Provence ont rejeté les différentes demandes d'adoption plénière d'enfants nés d'une IAD pratiquée à l'étranger et déposées par les épouses de leurs mères². Dans ces situations, les parents de l'enfant se sont rendus dans un Etat pour assouvir leur désir, ce qu'ils n'auraient pas pu accomplir en France. Ils ont constitué une situation qu'ils n'auraient pas pu obtenir en France, « *car ils se seraient heurtés à des règles impératives prohibant la GPA et réservant les procréations médicalement assistées aux couples de sexes différents* »³. Cette réalité sociale et juridique ne concerne plus aujourd'hui les enfants nés d'une IAD réalisée à l'étranger, puisque la Cour de cassation a écarté toute fraude à la loi en la matière⁴. L'enfant de la fraude ne serait donc que celui né d'une convention GPA, sauf à ce que les juridictions du fond ne suivent pas l'avis de la Cour de cassation s'agissant de la situation de l'enfant né d'une PMA pratiquée à l'étranger⁵.

Selon Monsieur Hugues FULCHIRON, « *la fraude suppose un artifice* », mais quel est l'artifice ici, sinon le recours à une technique médicale ou le contournement d'une interdiction légale ? L'auteur ajoute que l'enfant « *n'est ni un mécanisme juridique, ni une situation que l'on a modifiée pour asservir le droit à ses desseins* ». Il est le résultat de la fraude, soit « *une personne dont on ne peut nier l'existence et les droits* »⁶. L'invocation de la fraude pour refuser la création d'un lien de parenté adoptif ou pour détruire un lien de filiation biologique implique de raisonner « *comme si la filiation était la "chose" des parents* »⁷. Cela contribuerait à nier au mineur sa qualité de sujet de droit, ce d'autant plus que « *la filiation est avant tout un élément de l'identité de l'enfant* ». En outre, l'enfant « *est étranger à la "fraude"* »⁸.

Le désir d'enfant, « *fût-ce un désir fou, ne saurait par autopersuasion se métamorphoser en droit subjectif* »⁹. Le droit à l'enfant, si tant est qu'il existe, ne peut se confondre avec un droit sur l'enfant, même s'il « *a été présenté comme la justification théorique de la procréation*

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 – Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

² TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 ; Jurisdata n° 2014-013016 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00113 ; Jurisdata n° 2014-013015 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00013 ; Jurisdata n° 2014-013012 – TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, RG n° 14/01472 ; Jurisdata n° 2014-019510.

³ FULCHIRON (H.), précité, *D.*, 2014, p. 1162.

⁴ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007.

⁵ La Haute juridiction ne rend effectivement pas des avis conformes. Les juridictions du fond ne sont pas liées par celui-ci. Elles peuvent donc décider de ne pas s'y conformer (art. L. 441-3 C. org. jud.).

⁶ FULCHIRON (H.), précité, *D.*, 2014, p. 1162. A propos de l'idée que l'enfant est étranger à l'opération réalisée par les adultes, voir également : TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 825.

⁷ FULCHIRON (H.), précité, *D.*, 2014, p. 1162.

⁸ FULCHIRON (H.), précité, *D.*, 2014, p. 1162.

⁹ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 239.

assistée », c'est-à-dire du « *droit de donner la vie* »¹ que ce soit par une PMA ou désormais par une GPA. Le droit de donner la vie implique le droit d'user de tous les moyens qui ne nuisent pas à autrui², spécialement à l'enfant à naître. Le mineur né de la fraude à la loi n'a pas à subir les conséquences du choix de ses parents. La Cour européenne des Droits à l'Homme avait par ailleurs précisé que l'enfant « *ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables* »³. C'est la raison pour laquelle une adaptation du droit au fait pourrait être réalisée (A), nonobstant le maintien de principe de la prohibition des GPA (B). Il est une chose d'interdire les maternités de substitution et de limiter les effets de sa reconnaissance lorsqu'elle est réalisée à l'étranger, et une autre de refuser à l'enfant la reconnaissance de son statut et de ses droits⁴.

A/ L'adaptation du droit au fait

465. L'enfant : une victime par ricochet de sa famille. – Lorsqu'un couple décide de recourir à une maternité de substitution, c'est davantage la filiation maternelle qui est impactée en raison du principe de la divisibilité des filiations. La femme n'est pas la mère de l'enfant car elle n'a pas accouché. Le mineur né d'une GPA est privé de la reconnaissance de son lien de parenté à l'égard de la femme commanditaire en droit français. Cette dernière ne peut en outre pas invoquer une possession d'état⁵. La reconnaissance de la filiation paternelle de l'enfant peut également être refusée. Si l'homme peut reconnaître l'enfant, conçu avec ses gamètes, la fraude, consécutive au détournement de la loi française, autorise l'annulation de la reconnaissance paternelle⁶. Dans ce cas, il est possible de considérer les enfants nés d'une GPA « *comme des victimes par ricochet des fautes commises par leurs parents* »⁷, étant donné qu'ils sont privés de la reconnaissance de leur lien de filiation à l'égard de leurs parents en droit français.

Le fait que les parents se préoccupent davantage de leurs désirs personnels que de l'intérêt de l'enfant à naître ne permet pas d'ignorer la situation des mineurs nés en fraude à la loi. La condition juridique de ces derniers suscite de l'inquiétude⁸. Le dispositif légal de l'accouchement sous X et les montages juridiques réalisés ne permettent pas de repérer et de caractériser

¹ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 238.

² CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 238.

³ Cour EDH, 1^{er} mai 2000, *Mazurek c/ France*, req. n° 34406/97, § 54.

⁴ FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), précité, *D.*, 2014, p. 905.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70 ; *supra*. § 335.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 ; *supra*. § 333.

⁷ BINET (J.-R.), *op. cit.*, Paris : Lexisnexis, 2012, § 148.

⁸ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 325, 326 et 328, fasc. unique, 2009, § 3 ; KESSLER (G.), « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. famille*, 2005, étude n° 16.

efficacement les cas de GPA, ce qui faciliterait leur usage¹. C'est la raison pour laquelle il paraît envisageable de reconnaître un lien de filiation électif entre l'enfant et ses parents d'intention par le recours à l'adoption (1). Cette reconnaissance, fondée sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que valeur centrale et fondamentale de notre société, assurerait à l'enfant un statut minimum² en lui conférant plus de droits que de devoirs envers ses parents. Cette adaptation du droit au fait implique également de s'interroger sur la pertinence de l'ouverture de la PMA aux personnes célibataires ou aux couples homosexuels (2), afin d'écartier les difficultés relatives à la question de l'existence d'une fraude à loi en cas de recours à une IAD pratiquée à l'étranger. En effet, les avis de la Cour de cassation ne font que dire le droit³. Ils n'emportent aucun changement de fond quant aux conditions d'accès à la PMA et ne contiennent aucune perspective d'ouverture de la PMA aux couples de femmes ou aux personnes célibataires.

1/ La consécration d'un lien de filiation électif

466. L'absence de nationalité française. – Dans les arrêts *Mennesson c/ France* et *Labassée c/ France*, la Cour européenne des Droits de l'Homme relève que les enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger et n'ayant pas de lien de filiation établi à l'égard des parents d'intention ne se sont pas vu reconnaître la nationalité française. Elle précise que cette circonstance est de nature à perturber les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes quant au droit de séjour de l'enfant sur le territoire français après sa majorité, et donc quant à la stabilité de la cellule familiale⁴. La circulaire du 25 janvier 2013⁵ permet toutefois à l'enfant d'obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du Code civil⁶ par la production de l'acte de naissance étranger. Ce texte permet d'attribuer la nationalité française à un enfant à raison de celle de l'un de ses parents. Or, « la détermination juridique des parents est précisément au cœur »⁷ du problème de la reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA à l'égard de ses parents d'intention. La Cour de Strasbourg juge ainsi le recours à l'article 18 du Code civil complexe, voire aléatoire, pour établir la nationalité de l'enfant issu d'une maternité de

¹ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN, XII^{ème} législature*, p. 164. En ce sens : HAUSER (J.), « L'enfant au porteur mais pas à la porteuse : du contournement de l'article 16-7 nouveau du code civil », *RTD civ.*, 1996 p. 377 ; RUBELLIN-DEVICHI (J.), précité, *RTD civ.*, 1990, p. 254.

² FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), précité, *D.*, 2014, p. 905.

³ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007.

⁴ Cour EDH, *Mennesson c/ France* précité, § 89 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précitée, § 68.

⁵ Circ. du 25 janvier 2013 précitée.

⁶ Selon ce texte « est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

⁷ Cour EDH, *Mennesson c/ France* précité, § 90 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précitée, § 69.

substitution¹. En outre, la mise en œuvre de l'article 47 du Code civil² pourrait conduire à exclure de son domaine d'application les enfants nés d'une convention GPA conclue à l'étranger, car une telle convention caractérise une fraude à la loi française³. Cet argument n'est pas le seul à plaider en faveur de la consécration d'un lien de filiation électif entre l'enfant né d'une GPA et ses parents d'intentions (a). La dialectique des Droits de l'Homme abonde également en ce sens (b), tout comme le bien-fondé du recours à l'adoption comme moyen de reconnaître la parenté de l'enfant né d'une GPA réalisée en fraude à la loi (c).

a/ Les arguments juridiques et pratiques

467. La négation de la parenté au détriment de l'intérêt de l'enfant. – En raison du recours à une maternité de substitution, la mère d'intention ne peut pas établir sa filiation avec l'enfant. En droit, elle n'a pas accouché, peu importe les montages juridiques utilisés. Cela signifie que « *la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle* »⁴. A l'inverse, le nom du père peut apparaître dans l'acte de naissance de l'enfant. L'établissement de la filiation paternelle coïncide souvent avec la qualité de géniteur⁵, l'enfant étant conçu avec les gamètes de l'homme. La reconnaissance de la seule filiation paternelle résultant de la fraude serait alors susceptible de constituer une discrimination par rapport à la parenté maternelle⁶, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. La Cour de cassation refuse la transcription des reconnaissances paternelles d'enfants nés d'une GPA⁷. Cela ne contribue donc pas à la stabilité de la situation juridique de l'enfant. Ce dernier est privé de la reconnaissance de la filiation maternelle et paternelle ainsi que des droits y afférents, alors que les père et mère prennent en charge quotidiennement l'enfant et se comportent comme tel à l'égard des tiers. Pour la Cour de cassation, cette solution ne porte toutefois atteinte ni au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, ni à son intérêt

¹ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 90 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précitée, § 69.

² Cette disposition énonce que « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

³ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 90 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précitée, § 69. Dans l'arrêt *Menesson c/ France*, la demande déposée au greffe du tribunal d'instance de Paris le 16 avril 2013 n'a toujours pas été suivie d'effets. Le greffier en chef a indiqué, le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014, que la demande était « *en cours* », « *en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles* ».

⁴ CA Rennes, 4 juillet 2002, Jurisdata n° 2002-191286.

⁵ NEIRINCK (C.), « Acte de naissance de l'enfant né d'une mère porteuse, reconnaissance paternelle et actions du Ministère public, obs. sous CA Rennes, 29 mars 2011 et 21 févr. 2012, n° 10/02646 et n° 11/02758 : Jurisdata n° 2011-018009 et n° 2012-002735 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67.

⁶ CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN, XIII^{ème} législature*, tome 1, p. 194.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315.

supérieur¹. Certaines juridictions ont également estimé que le droit au respect de la vie privée et familiale implique de ne pas inciter à l'abandon d'un mineur et à l'usage du corps d'autrui pour satisfaire un désir d'enfant au moyen d'une GPA, car cela contreviendrait au principe de l'indisponibilité du corps humain². L'intérêt supérieur de l'enfant et la protection de la vie privée et familiale ne peuvent donc pas être utilement invoqués³ par des parents qui ont choisi de placer l'enfant et eux-mêmes hors la loi⁴. Le mineur est victime de non-droit en raison du choix exercé⁵ par ses parents d'accueils de recourir à une mère porteuse. Il subit la décision parentale préalable et antérieure à sa naissance qui *in fine* le prive d'une filiation maternelle et paternelle.

Cette position jurisprudentielle qui consiste à priver l'enfant de sa filiation maternelle est critiquable, en ce qu'elle crée un vide juridique au détriment de l'enfant⁶. Elle revient à réserver la conception génétique à la seule paternité et à circonscrire le rôle de la mère à celle de gestatrice⁷. Si les conditions légales nécessaires au prononcé d'une adoption de l'enfant par sa mère d'intention sont réunies et si celle-ci est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, rien ne devrait l'empêcher. Malgré le refus du fait accompli⁸ et le caractère illicite des maternités de substitution, il faudrait peut-être autoriser l'adoption de l'enfant né d'une GPA réalisée à l'étranger. Admettre l'adoption du mineur issu d'une maternité pour autrui pourrait toutefois remettre en cause la règle « *mater semper certa est* »⁹ et la finalité de l'adoption qui est de « *donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille* »¹⁰. Elle comporte également des risques : marchandisation de l'enfant, indétermination de la maternité, instrumentalisation de la femme et problème de l'accès aux origines. Pour autant, l'intérêt de l'enfant ne justifie-t-il pas l'établissement d'un lien de filiation adoptif avec sa mère ou son père qui va l'élever¹¹ et qui « *lui offrira, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables* »¹² ? Cette solution

¹ *Supra*. § 331.

² CA Rennes, 4 juillet 2002, Jurisdata n° 2002-191286.

³ En ce sens : CA Paris, 1^{er} février 2001, RG n° 2000/08814. Solution confirmée par : Cass. civ. 1^{ère}., 9 décembre 2003, *Bull. civ.* I, n° 252.

⁴ CA Rennes, 10 janvier 2012, RG n° 11/01846 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.) ; *supra*. § 336.

⁵ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 33.

⁶ En ce sens : LE BOURSICOT (M.-C.), précité, *RJPF*, 2013-11/5.

⁷ RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Maternité de substitution : qui est la mère ? », obs. sur CA Rennes, 4 juillet 2002 », *JCP G.*, 2003, I, 101.

⁸ HAUSER (J.), « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle », *in op. cit.*, *Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 235 ; HAUSER (J.), précité, *RTD civ.*, 1996 p. 377 ; MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 15 ; ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 69 et s.

⁹ En ce sens : HAUSER (J.), précité, *in MUZNY (P.)* [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 85. Voir également : FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 15 et s.

¹⁰ Cour EDH, *Frette c/ France* précité, § 42.

¹¹ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 245.

¹² Cour EDH, *Frette c/ France* précité, § 42.

atténuerait les conséquences de l'absence de filiation maternelle, ce d'autant plus qu'elle ne laisse pas l'enfant sans parent de droit en cas de décès du père¹.

468. La dissolution du couple conjugal. – Le défaut de filiation maternelle n'est pas sans conséquence en cas de séparation ou de décès du père², comme l'a relevé la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les arrêts *Menesson c/ France* et *Labassée c/ France*³. Les parents n'exercent pas en commun l'autorité parentale, la filiation n'étant établie qu'à l'égard du père⁴. Lors de la désunion conjugale, l'autorité parentale sera toujours exclusivement exercée par le père⁵. La possibilité de mettre en œuvre une délégation partagée de l'autorité parentale ne pourra vraisemblablement pas y remédier. Elle dépend de la volition du parent légal et cesse à son décès.

La mère sociale n'est qu'un tiers pour l'enfant. Il n'existe aucune obligation de maintenir des liens entre l'enfant et ses deux parents⁶. Elle n'est qu'un parent de fait qui devra invoquer l'article 371-4 du Code civil, pour que soit fixées les modalités des relations entre elle et l'enfant, en particulier parce qu'elle « *a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* »⁷. Néanmoins, il faut encore que ces relations entre la mère sociale et le mineur soient conformes à l'intérêt de l'enfant⁸. De même, en cas de décès du père, l'article 373-1 du Code civil ne s'applique pas. Une tutelle doit être ouverte⁹. Or, ce n'est que si le père désigne, dans un testament, la mère sociale comme tutrice que l'unicité des liens enfant-mère sera garantie¹⁰. Le juge peut également décider de confier l'enfant à la femme sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil. Le décès de l'un des parents n'est donc pas sans conséquence pour l'enfant né d'une GPA, ce d'autant plus qu'il n'a pas à la qualité d'héritier.

469. Une discrimination entre les enfants fondée sur la naissance. – La consécration d'un lien de filiation électif instaurerait probablement un équilibre entre l'intérêt de l'enfant à voir reconnaître sa filiation et l'interdiction d'ordre public de la GPA. Elle éviterait une discrimination

¹ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 245.

² A propos de la complexité de telles situations, voir : CA Rennes, 6 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-264861.

³ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 91 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 70.

⁴ Art. 372 C. civ. ; art. 1180-1 C. pr. civ.

⁵ Art. 373-2, al. 1^{er}, C. civ.

⁶ Art. 373-2 C. civ.

⁷ Art. 371-4, al. 2 C. civ.

⁸ CA Poitiers, 19 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-146595 (l'exercice de l'autorité parentale a été dévolu au mari ; la mère porteuse ne désirait pas s'occuper de l'enfant ; elle se bornait à sa prestation de mère porteuse ; l'épouse divorcée du mari, mère affective de l'enfant, a obtenu un droit de visite et d'hébergement sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil).

⁹ Art. 390 C. civ.

¹⁰ Art. 403 C. civ.

fondée sur la naissance, étant donné que l'enfant est privé de droits successoraux et du bénéfice du devoir d'entretien, de l'obligation alimentaire ou de l'autorité parentale à l'égard des parents d'intention qui l'ont appelé à la vie. Le recours à une délégation partage de l'autorité parentale n'apparaît pas pertinent dans cette situation¹. D'une part, ce procédé garantirait la reconnaissance d'une parentalité et non d'une parenté, ce qui ne donnerait à l'enfant aucune vocation successorale et ne créerait aucune obligation alimentaire entre la mère et l'enfant. D'autre part, il y aurait probablement une fraude à l'origine de la délégation partage, laquelle pourrait constituer un motif pour refuser le prononcé d'une telle mesure². Enfin, la délégation partage dépendrait uniquement de la volition du père, mais encore faut-il que le lien de filiation paternel soit reconnu. A l'inverse, l'adoption plénière garantirait une égalité des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux³. En effet, sauf à ce qu'il ait été institué légataire, l'enfant ne peut hériter ni de sa mère ni de son père, étant donné la Cour de cassation refuse désormais, en se fondant sur la fraude, de reconnaître le lien de filiation paternel établi par reconnaissance⁴. L'intérêt de l'enfant pourrait dès lors justifier l'ouverture de l'adoption aux parents d'enfants nés d'une GPA. Cela permettrait de remédier aux problèmes posés par la dévolution de l'autorité parentale⁵. Elle garantirait en outre le respect effectif du droit à la vie privée et familiale.

b/ L'argument des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

470. Le droit au respect de la vie familiale. – En principe, « *l'Etat doit prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale* »⁶. Au quotidien, l'absence de filiation maternelle ne devrait pas poser de difficultés. L'enfant né d'une GPA est en principe rattaché à son père, sauf à ce que la filiation paternelle soit également corrompue par la fraude. Le mineur bénéficie d'une scolarisation, de la sécurité sociale et des allocations familiales⁷. Le Conseil d'Etat a cependant estimé que « *dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à*

¹ Art. 377 et 377-1, al. 2 C. civ.

² En ce sens : BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 181.

³ Sur l'absence de discrimination fondée sur la naissance et l'égalité des droits patrimoniaux : Cour EDH, *Marckx c/ Belgique* précité, § 56 et 59 – Cour EDH, *Mazurek c/ France* précité, § 52 et 54.

⁴ *Supra*. § 333.

⁵ Il s'agirait alors d'une adoption plénière (art. 345-1 C. civ.) ou à défaut d'une adoption simple (art. 360 C. civ.). En effet, l'adoption simple investit l'adoptant de l'autorité parentale concurremment avec le conjoint et n'interdit pas un exercice en commun de l'autorité parentale entre les époux, sous réserve d'une déclaration conjointe (art. 365 et 372 C. civ.).

⁶ SUDRE (F.) et *al.*, *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 564.

⁷ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 164 ; CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 183.

l'occasion de certains évènements de la vie »¹. A cet égard, la Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré, dans les arrêts *Mennesson c/ France* et *Labassée c/ France*, que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les parents et les enfants nés de la GPA affecte nécessairement leur vie familiale². Elle juge ainsi que « *ne disposant pas d'actes état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire des actes civils américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent* »³, notamment pour la constitution d'un dossier d'allocations familiales, de l'inscription des enfants sous le numéro de sécurité sociale des parents ou à l'école.

L'absence de reconnaissance de la filiation maternelle, et *a fortiori* paternelle, en droit français n'interdit pas à l'enfant de rester dans son milieu familial actuel. Rien ne fait pas obstacle à l'existence d'une vie familiale, étant donné que la relation parent-enfant est effective⁴. L'enfant partage concrètement une vie familiale avec ses parents d'intention, mais il est impossible d'obtenir la consécration juridique du lien existant entre la mère éducatrice et l'enfant⁵ et dorénavant le père d'intention.

L'existence de « *liens familiaux de facto* » caractérise l'applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales⁶. Ce qui importe, c'est la réalité concrète des relations entre l'enfant et ses parents⁷. Pour autant, « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, [l'Etat] doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille notamment par l'établissement de la filiation* »⁸. En d'autres termes, « *la protection de la vie familiale suppose en premier lieu l'établissement des relations familiales par une reconnaissance juridique de celles-ci* »⁹.

Dans l'arrêt *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, la Cour de Strasbourg a condamné le refus du Luxembourg d'accorder l'*exequatur* à un jugement péruvien prononçant l'adoption au motif que le droit luxembourgeois limiterait l'adoption aux seuls couples mariés. La juridiction

¹ CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 64.

² Cour EDH, *Mennesson c/ France* précité, § 87 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 66.

³ Cour EDH, *Mennesson c/ France* précité, § 88 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 67.

⁴ Les relations *de facto*, en dehors de tout lien de parenté, sont inclus dans le champ d'application de la vie familiale pour la Cour de Strasbourg (Cour EDH, *Marckx c/ Belgique* précité, § 31 – Cour EDH, *Keegan c/ Irlande* précité, § 44 – Cour EDH, *Kroon c/ Pays-Bas* précité, § 30 – Cour EDH, *X. Y. et Z. c/ Royaume-Uni* précité, § 36).

⁵ Cour EDH, *X. Y. et Z. c/ Royaume-Uni* précité, § 52.

⁶ Cour EDH, *X. Y. et Z. c/ Royaume-Uni* précité, § 36-37.

⁷ Cour EDH, *Mennesson c/ France* précité, § 45 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 37.

⁸ SUDRE (F.) et al., *op. cit.*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, p. 564.

⁹ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, § 317.

européenne a considéré que « les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière ». C'est donc « l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires »¹. La Cour européenne des Droits de l'Homme a confirmé cette solution avec l'arrêt *Negreponitis-Giannis c/ Grèce* dans lequel elle condamne le refus de reconnaître l'adoption de l'enfant sur le fondement du droit au respect de la vie familiale².

La Cour de Strasbourg a appliqué ces principes dans les arrêts *Menesson c/ France* et *Labassée c/ France*. Elle a jugé que les difficultés évoquées par les parents d'intention ne sont pas insurmontables et que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance du lien de filiation ne les empêche pas de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale³. A la différence de l'arrêt *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*⁴, elle estime que les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de la situation en considérant, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques rencontrées dans l'exercice de la vie familiale, en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi à l'étranger, ne dépassaient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales⁵. La juridiction de Strasbourg constate que la Cour de cassation a souligné que l'annulation de la transcription sur les registres français de l'acte de naissance étranger des enfants ne les empêchait pas de vivre avec leurs parents⁶.

471. Le droit au respect de la vie privée. – La Cour européenne des Droits de l'Homme s'est appuyée sur la situation juridique incertaine des enfants nés d'une GPA pour constater la violation du droit au respect de la vie privée de ces mineurs sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Elle a effectivement considéré qu'il existait une atteinte à leur identité au sein de la société française en raison du refus de la France de reconnaître la filiation paternelle d'enfants nés d'une GPA lorsque celle-ci est conforme à la vérité biologique. Dans les arrêts *Menesson c/ France* et *Labassée c/ France*, elle a rappelé que « la vie privée », au sens de l'article 8 de la Convention

¹ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01, § 135.

² Cour EDH, 3 mai 2011, *Negreponitis-Giannis c/ Grèce*, req. n° 56759/08, § 76.

³ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 92 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 71.

⁴ Cour EDH, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg* précité, § 133.

⁵ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 93 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 72.

⁶ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 93 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 72.

précitée, intègre des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu, dont le droit à l'identité fait partie¹. Il en va ainsi de la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu². A cet égard, la juridiction de Strasbourg relève que « *la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants [des parents], leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique* »³. Elle ajoute que les enfants sont confrontés à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du Code civil, ce qui est de nature à affecter la définition de leur propre identité⁴. Elle relève également que l'absence de reconnaissance de la filiation a des conséquences sur les droits de succession des enfants. Or, « *il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés* »⁵. La Cour de Strasbourg conclut que « *les effets de la non reconnaissance entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté* »⁶, ce d'autant plus lorsque l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant. Elle précise ainsi qu'au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun⁷, il ne paraît pas « *conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* »⁸. Cette restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants entraîne de graves conséquences que la marge d'appréciation dont dispose la France ne peut justifier⁹. Le droit au respect de la vie privée des enfants a donc été méconnu en raison du poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'une mise en balance des intérêts en présence s'impose.

La Cour de Strasbourg a condamné la France en raison du défaut de reconnaissance d'une filiation biologique, c'est-à-dire la filiation paternelle¹⁰. Cette distinction entre filiation maternelle et filiation paternelle permet à la Cour européenne des Droits de l'Homme de ne pas se prononcer

¹ Cour EDH, *Mikulic c/ Croatie* précité, § 34 – Cour EDH, *Jaggi c/ Suisse* précité, § 37.

² Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 46, 80 et 96 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 38, 59 et 75.

³ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 96 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 75.

⁴ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 97 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 76.

⁵ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 98 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 77.

⁶ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 99 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 78.

⁷ Cour EDH, *Jaggi c/ Suisse* précité, § 37.

⁸ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 100 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 79.

⁹ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 100 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 79.

¹⁰ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité, § 100 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 79.

sur la question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une convention de maternité de substitution. Autrement dit, elle ne se « *prononce pas sur la question de savoir si le défaut de reconnaissance à l'étranger d'une filiation contraire à la prohibition de la gestation pour autrui est, en lui-même, contraire au droit à la vie privée de l'enfant et plus généralement à son intérêt supérieur* »¹. Les magistrats européens ont condamné le déséquilibre existant entre la filiation juridique et la filiation biologique. La condamnation de la France est donc mesurée et limitée à la filiation paternelle. En effet, la Cour européenne des Droits de l'Homme n'a pas condamné le refus de la GPA en France, interdite au nom de l'ordre public, car ce refus relève de la marge d'appréciation des Etats². Pour Madame Claire NEIRINCK, cela signifie que la jurisprudence relative aux conséquences des conventions de GPA, voire de PMA, réalisées à l'étranger n'est pas remise en cause³. La seule obligation qui résulte de ces décisions « *est la reconnaissance, par un moyen ou par un autre, de la filiation paternelle des enfants* »⁴. Cela implique donc de s'interroger sur les modalités de reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA à l'égard de ses parents d'intention. L'adoption de l'enfant issu d'une GPA par ses parents d'intention permettrait de concilier les réalités sociales avec la position législative française en la matière.

c/ Le bien-fondé du recours à l'adoption

472. Le salut pour les enfants nés d'une maternité de substitution ? – Chaque enfant dispose du droit de voir reconnaître sa filiation. En l'interdisant aux mineurs nés d'une maternité de substitution, l'égalité entre les enfants dans l'établissement de la filiation ne serait plus assurée. L'autorisation de l'adoption des enfants nés d'une GPA permettrait de compenser l'absence de filiation maternelle, voire paternelle, qui ne peut découler de la déclaration de naissance⁵. L'égalité de traitement entre les enfants, qui ne peuvent pas se voir reprocher des faits qui ne leur sont pas imputables, l'emporterait sur le respect de la paix des familles et la nécessité de protéger l'état des personnes. Plusieurs solutions doctrinales, notamment fondées sur la filiation vécue, ont été proposées pour assurer la consécration juridique de la filiation de l'enfant

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2014, note 877 ; NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, comm. n° 128.

² NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, comm. n° 128.

³ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, comm. n° 128.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), précité, *JCP G.*, 2014, note 877.

⁵ Compte tenu de la consécration de l'adage « *mater semper certa est* » (Cour EDH, *Marckx c/ Belgique* précité, § 41), la mère d'intention ne peut pas inscrire son nom dans l'acte de naissance de l'enfant car cela ne correspondrait pas à la réalité. Il s'agirait d'une fausse filiation susceptible de contestation (art. 332, al. 1^{er}, C. civ). Permettre le contraire bouleverserait tout le droit de la filiation (sur ce point : FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 15 et s.).

né d'une GPA en fraude à la loi¹. Pour Monsieur François TERRE et Madame Dominique FENOUILLET, il serait possible d'accueillir la possession d'état en tant que manifestation sociologique de la filiation², ce qui aurait le mérite de refuser la reconnaissance de la convention de GPA, dont le caractère illicite est acquis³. Cette idée a cependant été écartée par la Cour de cassation⁴, qui confirme en cela la position de la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant. En effet, elle avait jugé dès 2006 que la possession d'état ne pouvait jouer⁵. D'autres solutions ont également été proposées pour faire sortir les enfants « *de l'enfer où les ont précipité la folie des adultes et la rigueur des lois* »⁶. D'une part, l'établissement en France de la filiation de l'enfant né d'une GPA pourrait être admis dès lors que cela correspond à une vérité biologique ou affective, mais la Cour de cassation s'y est opposée tant pour la reconnaissance que pour la possession d'état⁷. D'autre part, une transcription partielle des actes de l'état civil pourrait être envisagée, et bien qu'elle ait été admise par la Cour de cassation au profit du père⁸, il est probable que le recours à la fraude ne puisse plus permettre cette transcription partielle. De ce point de vue, la piste soumise par le Conseil d'Etat ne semble pas réalisable⁹. La Haute juridiction administrative avait proposé d'autoriser la transcription de la filiation paternelle et d'admettre la possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, ce qui aurait permis au juge de contrôler le processus engagé et d'admettre celle-ci que si elle était dans l'intérêt de l'enfant. Or, autoriser la transcription de la filiation paternelle reviendrait à reconnaître implicitement l'existence et l'efficacité des conventions de GPA, ce qui serait susceptible d'encourager le recours à ces pratiques préjudiciables à l'intérêt de l'enfant.

La reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA pourrait trouver son salut dans l'adoption, bien qu'il ait été jugé que cette réponse devait rester impossible¹⁰ et que la Cour de

¹ Voir notamment : EGEA (V.), *op. cit.*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2010, § 631 et s., spé. § 633 ; MIRKOVIC (A.), « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *RLDC*, 2010/72, n° 4019 ; FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Menesson* de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.*, 2014, p. 1773.

² Il faudrait pour cela supprimer le caractère non équivoque de la possession d'état posé par l'article 311-2 du Code civil. Or, cela rendrait les qualités de la possession d'état moins exigeantes pour la filiation que pour les biens meubles (CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 175).

³ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 827. Voir également : POISSON-DROCOURT (E.), « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, n° 01-03.927 », *D.*, 2004, p. 1998.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70 ; *supra*. § 335.

⁵ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 181.

⁶ FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.), précité, *D.*, 2013, p. 2349. Voir également : THERY (I.), LEROYER (A.-M), *Rapport précité*, *Doc. fr.*, 2014, p. 196 et s.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70 (possession d'état) – Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 (reconnaissance).

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 71 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 72.

⁹ CONSEIL D'ETAT, *Rapport précité*, *Doc. fr.*, 2009, p. 65.

¹⁰ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 180 ; CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 173.

cassation refuse une telle possibilité¹. Cette voie médiane supposerait que le couple demandeur ou la personne commanditaire réponde aux conditions de l'adoption plénière². Le tribunal de grande instance pourrait ainsi s'assurer que la famille d'accueil est apte à accueillir l'enfant et que l'adoption est conforme à son intérêt. Les circonstances de la conception et de la naissance de l'enfant ne seraient pas prises en compte pour le prononcé de l'adoption³, ce qu'a d'ailleurs admis la Cour de cassation s'agissant de l'adoption de l'enfant né d'une PMA réalisée par l'épouse de la mère⁴. L'existence d'une filiation biologique à l'égard de l'un des membres du couple commanditaire ne paraît pas constituer un frein au recours à l'adoption comme moyen de consacrer la parenté de l'enfant né d'une GPA. Dans les arrêts *Mennesson c/ France* et *Labassée c/ France*, la Cour de Strasbourg a estimé que le lien entre les enfants et leur père biologique « n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation »⁵. Il est donc permis de déduire *a fortiori* que la consécration de cette filiation biologique entre l'enfant et son parent génétique peut se faire par l'adoption. Seul compterait la reconnaissance du lien de parenté entre l'enfant et son parent d'intention.

L'ouverture de l'adoption plénière pour ces enfants atténuerait le préjudice résultant du recours à une convention de GPA. Ils obtiendraient une vocation successorale⁶ et la qualité d'héritiers réservataires⁷. Elle permettrait aux deux parents d'exercer l'autorité parentale en commun en mettant à leur charge un devoir d'entretien et une obligation alimentaire. La prohibition des maternités de substitution ne devrait effectivement pas priver le mineur d'un double lien de filiation, car il est de son intérêt d'être rattaché à ses deux parents d'intention par un lien de filiation.

473. Sanctionner la fraude des parents en préservant l'intérêt de l'enfant. – Tout en maintenant la prohibition de la GPA, il serait possible d'admettre la reconnaissance du lien de

¹ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4 – Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 226 – Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252.

² Art. 343 et s. C. civ. A cet égard, l'alinéa premier de l'article 348-6 du Code civil pourrait faire l'objet d'une interprétation *lato sensu*. Cette disposition énonce que « le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité ». Il serait possible de considérer que la remise de l'enfant aux parents d'intention par la mère gestatrice constitue un désintéressement susceptible de compromettre la santé ou la moralité de l'enfant.

³ En ce sens : CA Pau, 19 février 1991, *Jurisdata* n° 1991-043342.

⁴ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007.

⁵ Cour EDH, *Mennesson c/ France* précité, § 100 – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité, § 79.

⁶ Art. 359 C. civ.

⁷ Art. 912 et s. C. civ.

filiation, mais uniquement au profit de l'enfant. Seul le critère de l'intérêt de l'enfant né de la GPA pourrait prévaloir en termes de filiation et il serait de son intérêt d'établir sa parenté avec le couple d'accueil. Cet argument, tant juridique¹ qu'humain, ne peut pas être négligé², même s'il ne faut pas oublier les « *conséquences auxquelles risque d'aboutir l'établissement de la filiation, nonobstant la violation d'un principe essentiel de l'ordre juridique* »³.

La reconnaissance d'une filiation élective au seul profit de l'enfant permettrait de tenir compte de la fraude à la loi réalisée par les parents et de leur choix de placer l'enfant hors du droit. Il paraît envisageable « *d'instituer une filiation unilatérale* », c'est-à-dire une « *filiation 'à charge' pour les parents, ne leur donnant aucun droit, et n'en conférant qu'à l'enfant* »⁴. L'enfant bénéficierait de droits alimentaires ou successoraux, tandis que ses parents en seraient privés. Le comportement des parents serait donc civilement sanctionné. Ces derniers ne pourraient pas tirer un avantage de la filiation ainsi reconnue. Certes, cette sanction demeurerait limitée en pratique, les père et mère exerçant l'autorité parentale puisqu'elle bénéficie à l'enfant. Il paraît toutefois nécessaire que les parents puissent justifier de leur qualité auprès des tiers. Parmi les modalités d'établissement de la filiation de l'enfant, l'adoption semble donc le procédé le plus adéquat pour limiter les effets de la parenté à un rapport unilatéral entre l'enfant né d'une GPA et ses parents. L'adoption consacre une filiation élective fondée sur l'autonomie de la volonté, qui serait régulée voire limitée par l'intervention judiciaire. En cela, le juge pourrait restreindre les conséquences de l'adoption à un engagement des parents à l'égard de l'enfant, celui-ci n'étant tenu à aucune obligation envers ses ascendants. Le prononcé d'une adoption aux effets réduits « *permettrait symboliquement de ne pas tenir pour négligeable la violation d'un interdit aussi fondamental* » qu'est la GPA. Cette solution rappellerait « *la sanction de la fraude à la loi : elle aboutirait à refuser aux couples qui ont frauduleusement voulu échapper à l'interdit national, le droit de se prévaloir de la situation frauduleusement constituée à leur profit, tout en laissant à l'enfant, tiers à la fraude, le bénéfice de la situation* »⁵. L'institution familiale serait constituée et reconnue, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais elle serait limitée dans ses effets au profit du seul mineur, ce qui reviendrait à consacrer une filiation « putative » au

¹ L'intérêt supérieur de l'enfant est une norme internationale d'applicabilité directe en vertu de l'article 3, § 1 de la CIDE (Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 156, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *RTD civ.*, 2005, p. 583 et 585, obs. HAUSER (J.)).

² TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 827.

³ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 827 ; HAUSER (J.) « Gestation pour autrui : suite (Paris, 18 mars 2010, *AJ famille* 2010, p. 233, obs. F. Chénéde, *D.* 2010, p. 1210, obs. V. Egéa) », *RTD civ.*, 2010, p. 317.

⁴ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 827.

⁵ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 827. En ce sens : FENOUILLET (D.), précité, *in Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2005, p. 237.

bénéfice de l'enfant¹. Dès lors que les parents, n'ont pas choisi un comportement légitime au regard de la loi, il paraît cohérent que le droit leur retire ou diminue les avantages juridiques qu'ils auraient pu obtenir grâce à leur attitude illicite. Les adultes ne pourraient pas tirer un avantage de la reconnaissance de la parenté entre eux et l'enfant né en fraude à la loi. Cela revient à refuser qu'ils puissent se jouer de principes essentiels du droit français et des règles relatives à l'ordre public familial.

474. Un risque d'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant. – Si la possibilité d'adopter l'enfant né d'une maternité de substitution clarifierait le statut du mineur², la GPA doit demeurer interdite en droit positif³. Il s'agirait juste d'assurer la protection de l'enfant par la prise en considération de sa qualité de victime. Né d'une GPA et privé de filiation maternelle, voire paternelle, l'enfant est une victime compte tenu du contexte familial dans lequel il vit. C'est une victime immédiate en raison de l'atteinte portée à son état civil, mais aussi une victime future en raison des conséquences du choix parental. En autorisant l'adoption de ces enfants, la rigueur du droit serait atténuée puisque l'enfant ne serait pas sanctionné pour un comportement indépendant de sa volonté. L'attitude de ses parents serait uniquement réprimée par la confrontation du désir

¹ La possibilité de recourir à l'adoption « putative » de l'enfant ne devrait pas se limiter aux situations de mineurs nés d'une GPA. Elle pourrait s'appliquer à l'enfant né d'une PMA réalisée à l'étranger que l'épouse de la mère souhaite adopter, ce d'autant plus que la loi a uniquement consacré la famille homoparentale par l'adoption. Nonobstant la position de la Cour de cassation selon laquelle il n'existe pas de fraude à la loi en matière d'IAD réalisée à l'étranger (Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007), il est permis de penser que le couple homosexuel bénéficiaire d'une AMP à l'étranger a contourné les règles de droit français réservant la PMA aux couples hétérosexuels. Dès lors, la PMA s'inscrit dans un processus d'ensemble destiné à détourner l'institution de l'adoption, afin de permettre l'assouvissement du désir d'enfant. Ce détournement de l'institution de l'adoption pourrait justifier le prononcé d'une adoption aux effets réduits au profit de la compagne de la mère. Au demeurant, cette solution créerait une restriction relative au mode de conception de l'enfant que la loi du 17 mai 2013 n'a pas envisagé (L. n° 2013-404 précitée), comme l'a rappelé la Cour de cassation (Communiqué relatif aux avis n° 15010 et n° 15011 du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation précité). Elle paraît donc difficilement applicable à l'hypothèse de l'enfant né d'une PMA réalisée à l'étranger, même si elle constitue un compromis entre la nécessité de protéger le mineur et la réalisation du désir d'enfant par les individus.

² L'avancée resterait limitée puisqu'elle ne serait possible que pour les couples mariés hétérosexuels ou homosexuels. Elle contribuerait toutefois à faire de la filiation un droit disponible et encouragerait l'abandon de l'enfant, organisé contractuellement entre les parents d'intention et la mère porteuse malgré l'existence de sanctions pénales (*supra*. § 322). Dans le même sens, le désintérêt manifeste avéré de la mère porteuse n'est pas suffisant pour prononcer le retrait de l'autorité parentale à son encontre, dès lors que les enfants évoluent favorablement, paraissent en bonne santé morale et physique et cela même si la demande de retrait avait pour objet de permettre à l'épouse du père génétique de demander l'adoption plénière de l'enfant (Cass. civ. 1^{ère}., 23 avril 2003, n° 02-05.033 ; *JCP G.*, 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN (A.)). Dans une autre espèce, la résidence de l'enfant a été fixée au domicile de la mère sociale et l'autorité parentale partagée entre le père biologique et la mère porteuse (CA Rennes, 6 janvier 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 378, obs. HAUSER (J.)). D'autres problèmes sont également susceptibles d'apparaître, notamment si le couple commanditaire se sépare avant la naissance ou s'il refuse d'accueillir l'enfant. Ce sera encore le cas si la mère porteuse décide d'interrompre sa grossesse ou refuse d'accoucher sous X et déclare l'enfant sous son nom, entraînant l'établissement de la filiation maternelle voire paternelle (HAUSER (J.), précité, *in* MUZNY (P.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 85). Enfin, l'enfant né d'une GPA disposerait-il d'un droit d'accéder à ses origines ?

³ *Infra*. § 478 et s.

d'enfant au droit pénal¹, dont la rigueur pourrait être renforcée². Le droit s'adapterait donc au fait³ et offrirait à ces mineurs un environnement familial et juridique stable auprès de leurs parents d'intention. Néanmoins, faut-il admettre la dictature du fait accompli au nom de l'intérêt de l'enfant⁴ ou permettre que la volonté individuelle des parents puisse écartier des règles d'ordre public⁵ ? Madame Muriel FABRE-MAGNAN a ainsi pu se demander « où est l'intérêt de l'enfant lorsque des adultes font entre eux des arrangements pour déterminer quels seront ses père et mère ? Qu'éprouvera-t-il en apprenant que sa mère l'a porté pour de l'argent et qu'il a été vendu dès sa naissance »⁶ ? En effet, « est-il conforme à l'intérêt de l'enfant d'être traité comme un produit que l'on commande et que l'on cède »⁷ ?

La Mission d'information sur la révision des lois bioéthiques a mis en avant un risque d'instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant⁸. En faisant primer absolument l'intérêt du mineur, la Mission estime que l'ensemble de l'ordre public familial pourrait être remis en question. Elle cite en exemple le cas de la filiation incestueuse⁹. Cette logique du fait accompli et la mise en avant de l'intérêt de l'enfant pourraient dès lors conduire à valider toutes les transgressions juridiques¹⁰. Elle juge ainsi qu'une telle interprétation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pourrait *in fine* fragiliser la protection de l'enfant. C'est la raison pour laquelle l'intérêt d'un enfant en particulier ne devrait pas s'opposer à l'intérêt de l'enfant en général¹¹, au risque d'encourager un tourisme procréatif. Dans son rapport de 2009, le Conseil d'Etat juge que la reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA en droit interne aurait « pour point commun de créer une profonde incohérence juridique par rapport à la prohibition » de la GPA¹². Il estime que cela reviendrait à « reconnaître des effets juridiques à une situation que le législateur a formellement interdite »¹³. Priver d'une partie de ses effets l'interdiction de la GPA serait susceptible d'encourager des pratiques jugées contraires au respect de la personne humaine¹⁴, en particulier de l'enfant à naître. Il paraît clair que « si, à chaque fois qu'ils ont affaire à la question de la filiation des enfants nés de la sorte, les juges estiment que l'intérêt

¹ DREIFUSS-NETTER (F.), précité, *RSC.*, 1986, p. 275.

² *Infra.* § 480.

³ ATIAS (C.), LINOTTE (D.), précité, *D.*, 1977, chron., p. 251.

⁴ HAUSER (J.), précité, *RTD civ.*, 1996 p. 377 ; MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 15.

⁵ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 325, 326 et 328, fasc. unique, 2009, § 3.

⁶ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 69.

⁷ FABRE-MAGNAN (M.), précité, *D.*, 2013, p. 2384.

⁸ CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 191.

⁹ Voir également : FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 67.

¹⁰ FABRE-MAGNAN (M.), précité, *D.*, 2013, p. 2384.

¹¹ Egalement : MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 15 ; MIRKOVIC (A.), précité, *JCP G.*, 2010, note 498.

¹² CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois bioéthiques*, *Doc. fr.*, 2009, p. 66.

¹³ CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois bioéthiques*, *Doc. fr.*, 2009, p. 66.

¹⁴ CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois bioéthiques*, *Doc. fr.*, 2009, p. 66.

supérieur de ces derniers commande de ne pas les priver de filiation », « l'interdiction des conventions de mères porteuses sera tout simplement vidée de son sens »¹. L'intérêt du mineur apprécié *in abstracto* n'autoriserait donc pas la consécration juridique d'une situation de fait illicitement constituée, alors que l'intérêt de l'enfant pris *in concreto* justifierait une solution au cas par cas². Au demeurant, certains Etats, qui interdisent les maternités pour autrui, semblent avoir adopté une position différente de celle de la France. En se fondant sur l'intérêt *in concreto* de l'enfant, l'Allemagne, les Pays-Bas ou encore la Pologne admettent le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention par l'adoption³, ce qui correspond à la solution proposée et à celle *a priori* envisagée par la Cour de Strasbourg dans les arrêts *Menesson c/ France* et *Labassée c/ France*⁴. Certes, l'intérêt de l'enfant ne doit pas nécessairement coïncider avec l'accomplissement de la volition des adultes⁵, mais est-il réellement possible de dissocier juridiquement le sort du contrat illicite de GPA du statut des enfants qui sont issus de ce procédé ?

2/ La question de l'extension de l'accès à la procréation médicalement assistée

475. L'accès à la PMA pour les couples homosexuels. – La loi du 7 juillet 2011⁶ a maintenu un principe fondateur du droit de la bioéthique. L'aide à la procréation est toujours limitée au traitement palliatif de l'infécondité médicalement constatée⁷. Il est donc impossible pour des femmes en couple de recourir à un don de gamètes pour des raisons de convenances personnelles. En effet, la PMA ne peut pas perdre sa dimension thérapeutique et sa finalité médicale afin d'être « mise au service de la convenance personnelle »⁸. Pour Madame Claire NEIRINCK, la convenance personnelle est « un comportement qui s'écarte de la norme, ici fondée sur la réalité de la procréation qui exige un couple hétérosexuel »⁹. Cette attitude divergente est parfois acceptée par le législateur lorsqu'elle permet l'épanouissement personnel du sujet

¹ BELLIVIER (F.), NOUVILLE (C.), « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? note sous CA Paris, 1^{re} ch., sect. C, 25 octobre 2007, RG 06/00507 », *RDC*, 2008, p. 545.

² L'interprétation *in concreto* suppose de tenir compte de la situation effective consécutive à la GPA, tandis que l'appréciation *in abstracto* implique de se placer en amont du processus de maternité de substitution.

³ DOS REIS (E.), RUFFIEUX (G.), TEREL (J.), WILLEMS (G.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 169.

⁴ Cour EDH, *Menesson c/ France* précité – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité.

⁵ PETIT (C.), « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, avis sur Cass. civ. 1^{ère} », 13 septembre 2013 n° 12-18.315 et Cass. civ. 1^{ère} », 13 septembre 2013 n° 12-30.138 », *D.*, 2013, p. 2377.

⁶ L. n° 2011-814 précitée.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 55.

⁸ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 79.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 79.

concerné. Or, envisager l'extension de l'AMP aux couples de même sexe va plus loin que la satisfaction d'un désir personnel. Cela aboutit à priver l'enfant d'un père, c'est-à-dire d'une filiation sexuée. En outre, « *admettre une AMP par convenance personnelle reviendrait effectivement à légaliser un droit à l'enfant en reconnaissant à chacun la faculté de recourir, si bon lui semble, aux forces procréatrices d'autrui et de devenir parent, sans sexualité* »¹.

Cette technique de procréation est néanmoins utilisée au sein des couples de personnes de même sexe pour accéder à la parenté et fonder une famille en dehors de toute relation hétérosexuelle². Ce contournement de la loi est néanmoins limité. Si la mère biologique ne peut pas voir le lien de filiation avec l'enfant remis en cause, la mère d'intention ne peut pas systématiquement adopter l'enfant de son épouse en raison d'une fraude à la loi ou à tout le moins, d'un détournement de l'institution de l'adoption³. La loi du 17 mai 2013⁴ a encouragé ces pratiques dont l'adoption de l'enfant du conjoint ne garantit pas toujours la réussite du processus⁵, même si les avis rendus par la Cour de cassation, nonobstant leur caractère consultatif⁶, devraient résoudre les difficultés posées dans cette situation. Pour la Haute juridiction, il n'existe pas de fraude à la loi en cas de recours à une PMA à l'étranger. L'épouse de la mère peut donc adopter l'enfant conçu par IAD réalisée à l'étranger⁷. Il n'en demeure pas moins que l'enfant issu de la PMA est susceptible de n'avoir qu'un parent légal, ce qui n'est pas sans difficulté si la mère légale décède⁸. La possibilité de faciliter l'adoption de l'enfant du conjoint dans cette situation pourrait justifier l'élargissement de l'accès de la PMA aux couples de femmes homosexuelles, puisque le désir d'enfant ne serait plus réalisé en fraude à la loi. Nécessairement, l'accès à la PMA ne reposerait plus sur une infertilité médicalement constatée. Elle pourrait alors se fonder sur la qualité du projet parental du couple à l'origine d'une demande d'IAD⁹ et la volonté des parents homosexuels, et *a fortiori* hétérosexuels, d'établir un lien de parenté avec l'enfant à

¹ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 79.

² NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 2.

³ *Supra*. § 317.

⁴ L. n° 2013-404 précitée.

⁵ Refus de l'adoption : TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 ; Jurisdata n° 2014-013016 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00113 ; Jurisdata n° 2014-013015 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00013 ; Jurisdata n° 2014-013012 – TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, RG n° 14/01472 ; Jurisdata n° 2014-019510. Adoption admise : TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14803 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.) – TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14804 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.).

⁶ Art. L. 441-3 C. org. jud.

⁷ Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007.

⁸ *Supra*. § 468 par comparaison avec la situation des enfants né d'une GPA.

⁹ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 170.

naître¹. Il serait fait référence à leur engagement envers l'enfant à naître et la société. Si l'enfant vient au monde, c'est grâce au projet parental de deux individus qui, bien que l'un d'entre eux seulement ait procréé, se sont engagés à être ses parents². A cet égard, l'admission d'une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître d'une PMA ferait reposer la filiation de l'enfant sur la seule volonté des individus³. Cela ne poserait pas la question de la filiation biologique de l'enfant, tandis que la remise en cause du principe de l'anonymat du don de gamètes permettrait à l'enfant de se construire une identité. Il aurait potentiellement accès à des informations sur le tiers donneur, c'est-à-dire l'homme qui a permis sa naissance. Néanmoins, soumettre l'accès à la PMA à l'existence d'un projet parental n'est pas sans risque. Cela suppose une évaluation de la solidité et du sérieux du projet. Il faudrait alors subordonner l'accès à l'AMP à l'obtention d'une forme d'agrément pour le couple demandeur⁴. L'absence de coïncidence entre le lien juridique de parenté et le lien biologique de la filiation ne paraît également plus constituer un obstacle à l'ouverture de la PMA aux couples de personnes de même sexe depuis la loi du 17 mai 2013⁵. Les mutations contemporaines du droit de la famille, en particulier de la notion de filiation, et le pluralisme des modèles familiaux pourraient justifier une modification du droit de la PMA, car ce dernier ne correspond plus à la diversité des types sociologiques de la famille⁶. C'est également le cas pour les femmes célibataires qui souhaitent fonder une famille par la parenté.

476. L'accès à la PMA pour les femmes célibataires. – Un raisonnement similaire gouverne l'ouverture de la PMA aux femmes célibataires. Dès lors qu'elles présentent un projet parental cohérent et conforme à l'intérêt de l'enfant à naître, les femmes seules devraient pouvoir accéder à l'AMP. Cela est d'autant plus vrai que l'adoption est ouverte aux personnes célibataires de plus de vingt-huit ans⁷ et qu'aujourd'hui, il existe davantage de familles monoparentales dans lesquelles la femme élève seul un ou plusieurs enfants. Ces considérations pratiques ne peuvent cependant justifier une telle solution. L'enfant naîtrait dans une famille unilatérale au sein de laquelle il serait définitivement privé d'une branche paternelle⁸. En outre, il s'agirait « *de faire*

¹ L'homosexualité des membres du couple ne pourrait pas leur être opposée dès lors qu'elle n'empêche pas des personnes d'élever un enfant (Cour EDH, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* précité, § 35 et 36 – Cass. italienne, 11 janvier 2013, arrêt n° 601, R. G. N. n° 4855/12 ; *D.*, 2013, p. 177, note LAFFAILLE (F.)).

² THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 163.

³ *Supra*. § 450. Comparer : THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 182.

⁴ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 171.

⁵ L. n° 2013-404 précitée.

⁶ DREIFUSS-NETTER (F.), citée par CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.), *Rapport n° 1325* précité, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Doc. AN*. 2008, p. 12 (audition publique du 10 juin 2008).

⁷ Art. 343-1 C. civ.

⁸ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 102.

naître à la suite d'une conception artificielle un enfant à la demande d'une personne seule, et donc de consacrer un droit à l'enfant »¹.

477. De la procréation à la création d'enfants. – Actuellement, l'accès à l'AMP est « une solution médicale à des situations pathologiques, le plus souvent d'infertilité du couple »². Ouvrir la PMA à l'ensemble des femmes, célibataires ou en couple, permettrait une procréation assistée en dehors de toute considération médicale. Cela supposerait de supprimer la condition de stérilité pathologique pour l'accès à la PMA ou d'admettre que les femmes célibataires ou les couples homosexuels sont confrontés à une infertilité sociale ou structurelle pour procréer. La science faciliterait la naissance d'enfants privés de pères, ce que tend à éviter les règles de droit positif applicables aux enfants nés d'une PMA avec tiers donneur³. La nature de la PMA en serait modifiée. Elle ne serait plus perçue comme un remède à une infertilité, mais comme un accompagnement médicalisé de la demande de personnes qui ne peuvent avoir d'enfants⁴, c'est-à-dire une aide médicalisée à un projet parental⁵. C'est par ailleurs le sens de deux propositions de loi où il est envisagé d'ouvrir la PMA aux cas de demande parentale d'un couple de femme ou d'une femme majeure en âge de procréer⁶.

La création d'une reconnaissance anticipée de l'enfant à naître ne bouleversait pas fondamentalement le principe selon lequel la PMA est un remède à une infertilité de l'un des membres du couple, car elle serait uniquement réservée aux couples hétérosexuels. L'autonomie de l'engendrement par la volonté serait donc relative, étant donné que ce mode d'établissement de la filiation serait conforme à une possibilité biologique. Une chose est de reconnaître le lien de filiation entre l'épouse de la mère de l'enfant, né d'une IAD réalisée à l'étranger, et le mineur. Une autre est de consacrer une technique médicale apte à créer artificiellement la vie pour satisfaire les convenances personnelles des individus. Cette idée, exprimée par Monsieur Hugues FULCHIRON, suppose de distinguer la prise en charge de l'enfant né d'une IAD réalisée à l'étranger de la création et non plus seulement de la procréation, pour la satisfaction du désir des adultes⁷. Le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) avait par ailleurs rappelé en 2005

¹ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 102.

² BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 168.

³ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 169.

⁴ FULCHIRON (H.), précité, *JCP G.*, 2013, doct. 658

⁵ FULCHIRON (H.), « Parenté, filiation, origines : un nouveau monde en gestation », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 7.

⁶ *Proposition de loi n° 1979 relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation*, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature ; *Proposition de loi n° 517 relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation*, *Doc. Sénat*, 2013-2014.

⁷ FULCHIRON (H.), précité, *D.*, 2014, p. 1162.

que l'AMP « a toujours été destinée à résoudre un problème de stérilité d'origine médicale et non à venir en aide à une préférence sexuelle ou à un choix de vie sexuelle. L'ouverture de l'AMP à l'homoparentalité ou aux personnes seules ouvrirait de fait ce recours à toute personne qui en exprimerait le désir et constituerait peut-être alors un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif. La médecine serait simplement convoquée pour satisfaire un droit individuel à l'enfant »¹. Or, il ne saurait y avoir de droit à l'enfant. La régulation du désir d'enfant implique effectivement de refuser toute réification de ce dernier.

A l'appui de l'extension de l'accès à la PMA, a également été invoqué le fait que seule l'AMP intraconjugale serait un traitement de l'infertilité. Le recours à une AMP avec tiers donneur n'aurait aucune finalité thérapeutique et ne permettrait pas de soigner l'infertilité². Elle ne permet pas de rétablir une fonction défaillante³. Madame Irène THERY considère que l'IAD, « génératrice d'enfants désirés, de bonheur personnel et d'inventivité collective », peut être perçue « comme une merveilleuse invention sociale et médicale qui a ouvert, entre la procréation et l'adoption, une troisième voie élargissant l'espace des possibilités humaines d'engendrer et d'être heureux »⁴. Ce faisant, elle exprime l'idée que le désir d'enfant peut être satisfait afin de garantir le droit au bonheur des individus souhaitant fonder une famille. L'enfant serait donc un élément permettant à des personnes d'être heureuses. Or, le droit n'a pas pour objet d'assurer le bonheur individuel et privé. Le désir d'enfant ne peut être systématiquement à l'origine d'un droit à ce que l'Etat assure la réalisation de ce dessein. C'est pourquoi l'AMP ne peut constituer un « arrangement social nouveau » afin de répondre « au désir d'enfant d'un couple qui ne peut pas procréer lui-même »⁵. L'emploi du terme « arrangement » démontre que la PMA sera utilisée dans l'unique but de satisfaire les revendications individuelles sans que l'intérêt supérieur d'enfant soit la considération primordiale. Le *Petit Larousse* définit l'« arrangement » comme l'« action de disposer les choses d'une certaine manière » ou comme une « mesure prise pour organiser quelque chose »⁶. La PMA, envisagée comme un « arrangement », serait donc un « accord amiable », une « transaction »⁷ afin de structurer la procréation ou la création d'enfant et de mettre celui-ci à disposition des personnes bénéficiaires. La protection du mineur victime de

¹ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, Avis n° 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, p. 18.

² THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 267. Voir également : THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 165.

³ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 165 ; GROSS (M.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 145 et s.

⁴ THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010, p. 267.

⁵ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 165.

⁶ *Le Petit Larousse illustré*, V° arrangement.

⁷ *Le Petit Larousse illustré*, V° arrangement.

sa famille par la régulation du désir d'enfant ne paraît dès lors pas conciliable avec une telle perception de l'AMP qui contribuerait à une réification de l'enfant, réduite à une simple chose que les individus pourraient obtenir et librement disposer. C'est également pour cette raison que la GPA doit par principe demeurer interdite.

B/ Le maintien de principe de la prohibition des maternités de substitution

478. Un déni de la réalité¹ ? – Le droit de la filiation repose principalement sur la maternité et l'accouchement. La GPA pourrait remettre en cause ce fondement et cette réalité, car elle nie le « rôle fondateur de l'accouchement »². Ainsi, les auteurs du rapport d'information sur la maternité pour autrui ont estimé qu'il est impossible de dénier à la femme qui accouche son statut de mère. C'est la raison pour laquelle ils ont admis, aussi « cruel que cela puisse paraître pour les parents intentionnels », qu'« il est essentiel que la gestatrice puisse devenir la mère légale de l'enfant si elle le souhaite »³. Elle est donc prioritairement et naturellement la mère de l'enfant, ce qui lui ouvre le droit à un congé maternité, à la différence de la mère d'intention qui ne peut en bénéficier⁴. Dénier un droit de rétractation à la mère porteuse « reviendrait à admettre une forme d'asservissement d'un être humain par un autre »⁵ ou que l'enfant puisse lui être retiré, si besoin par l'usage de la force⁶. La mère porteuse dispose ainsi d'un droit qui prime celui des parents d'intention⁷. C'est elle qui a accouché de l'enfant. Cela lui permet de revenir sur le don de l'enfant à naître qu'elle souhaite réaliser au profit du couple commanditaire. Or, l'enfant n'est pas un objet qu'il est possible de donner ou non à des tiers. En cela, la loi doit intervenir pour garantir un équilibre des relations sociales. La régulation du désir d'enfant impose de protéger le mineur, un être humain faible et vulnérable, contre le libéralisme et l'individualisme qui tendent à conventionnaliser la fabrication et la filiation de l'enfant (1). A cet égard, une tendance à la pénalisation du droit a pu être constatée⁸, même si elle s'avère en réalité insuffisante compte tenu des règles régissant l'application de la loi française dans l'espace (2).

¹ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 26 et s.

² NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 86.

³ ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 73

⁴ CJUE, 18 mars 2014, *Mme D. c/ S. T.*, n° C-167/12, § 35, 37 et 40. Voir également : CJUE, 18 mars 2014, *Z. c/A Government department, The Board of management of a community school*, n° C-363/12, § 55 et 63.

⁵ ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 73

⁶ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 33.

⁷ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 34.

⁸ PROTHAIS (A.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : LGDJ, 1997, p. 33.

1/ Le refus d'une conventionnalisation de l'enfant

479. L'inadéquation de la qualification de « donneuse de gestation pour le compte d'autrui »¹. – Si avec les arrêts *Menesson c/ France* et *Labassée c/ France*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a imposé un traitement du fait accompli², rien n'oblige le législateur à autoriser et organiser le recours à une mère porteuse³. La GPA doit effectivement se distinguer des autres techniques de procréations assistées.

La maternité pour autrui a pu être qualifiée de « *don de soi* »⁴. D'autres auteurs ont également considéré que « *la gestation pour autrui s'apparente pour la gestatrice à un don, non pas le don d'un élément du corps humain, mais celui d'une capacité biologique et physiologique* »⁵. Cette qualification de don s'avère inadéquate. Le don suppose « *de détacher du donneur l'objet du don* »⁶, ce qu'implique le recueil des gamètes. C'est ce détachement qui permet de transférer à autrui ce qui est donné. Dans ce cadre, « *c'est l'enfant qui est détaché de la gestatrice* » et qui « *est transféré à autrui* ». Il n'y aurait pas un don de gestation, mais « *un don de l'enfant programmé dès sa conception* »⁷. La GPA organise une mise à disposition de l'enfant à travers son don, c'est-à-dire son abandon au couple commanditaire⁸. C'est pour cette raison que les principes fondateurs du don ne peuvent être garantis. L'anonymat, le secret et la gratuité du don d'engendrement ne peuvent pas être mis en œuvre, ce d'autant plus que seul un contrat permet de recueillir le consentement des différents protagonistes. La dimension contractuelle de

¹ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.

² Cour EDH, *Menesson c/ France* précité – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité.

³ *Supra*. § 471. Sur un régime juridique éventuel de la GPA en droit prospectif : ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 73 et s. (un dispositif similaire à celui de la PMA est envisagé pour les conditions relatives au couple receveur et à la gestatrice : couples de sexes différents mariés ou en union stable, impossibilité médicale pour la femme de mener une grossesse à terme, GPA intraconjugale (l'un des deux membres du couple est au moins le parent génétique de l'enfant), couple domicilié en France, délivrance d'un agrément ; distinction de la mère gestatrice de la mère génétique, limitation de la GPA à deux grossesses, gestatrice déjà mère d'un enfant et domiciliée en France ; GPA subordonnée à une décision judiciaire) ; HAUSER (J.), précité, in MUZNY (P.) [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 85. Egalement : BANDRAC (M.), DELAISI DE PARSEVAL (G.), DEPADT-SEBAG (V.), « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007 », *D.*, 2008, p. 434 ; CHENEDE (F.), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 27.

⁴ ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 57 et s.

⁵ BANDRAC (M.), DELAISI DE PARSEVAL (G.), DEPADT-SEBAG (V.), précité, *D.*, 2008, p. 434.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273. Voir également : NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 84.

⁸ CHENEDE (F.), précité, *Dr. famille*, 2013, dossier n° 27. Egalement en ce sens : FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 48.

la GPA ne peut pas être ignorée au profit de la qualification du don¹. En outre, le don de l'enfant à un autre couple peut être vécu par le mineur comme un abandon, ce qui est susceptible entraîner des conséquences pour son développement psychique, intellectuel et social ainsi que pour la construction de son identité².

Dans le cadre de la PMA, « *l'enfant est la finalité en vue de laquelle des contrats peuvent être conclus* »³ entre le médecin et les parents. Il est le résultat de l'AMP, ce qui constitue une différence avec les maternités pour autrui. En effet, avec les maternités de substitution, « *l'enfant est l'objet même du contrat, contrat qui suppose une remise de l'enfant* »⁴. Ainsi, « *l'enfant, objet du contrat, est livré comme un objet* »⁵. L'objet du contrat de GPA consisterait pour la mère porteuse en une obligation de donner l'enfant à naître au couple commanditaire. Cette obligation de donner, du latin *dare*, « transférer la propriété », et non de *donare*, « faire un don », s'entend classiquement de l'obligation de transférer la propriété d'une chose⁶. Selon Monsieur Bertrand FAGES, l'obligation de donner est « *notamment utilisée pour décrire les effets du contrat de vente et de tous les autres contrats translatifs de propriété* »⁷. Elle est en outre susceptible d'exécution forcée. A cet égard, l'article 1136 du Code civil rappelle que « *l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison* ». Appliquée à la mère porteuse, cela signifie qu'elle doit porter l'enfant durant la gestation et le livrer à sa naissance⁸. L'enfant est traité comme un objet produit⁹, ce qui est susceptible de constituer une source de contentieux¹⁰. Le Conseil d'Etat a jugé que la GPA, par l'introduction d'une contractualisation des relations

¹ Pour certains, la démarche du don empêcherait toute instrumentalisation (ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 57 et s., spé. p. 59). Ils préconisent un régime légal et non contractuel (ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 77).

² CONSEIL D'ETAT, *Rapport précité*, *Doc. fr.*, 2009, p. 62.

³ MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 15.

⁴ MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 15.

⁵ MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 15.

⁶ FAGES (B.), *Droit des obligations*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 150.

⁷ FAGES (B.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 150.

⁸ Que faire si elle décide de recourir à une IVG ? Il a été proposé que la gestatrice devait seule prendre les décisions relatives au déroulement de la grossesse, notamment pour l'IVG, et qu'elle dispose d'un droit de rétractation (ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de), *Rapport d'information n° 421* précité, *Doc. Sénat*, 2007-2008, p. 78). Mais dans ce cas, la femme gestatrice peut-elle engager sa responsabilité pour n'avoir pas mené sa grossesse à terme ? A-t-elle commis une faute contractuelle en ne respectant pas son engagement ? De même, l'existence d'un régime légal de GPA fait-elle réellement obstacle à l'absence de faute délictuelle de sa part, dès lors que sa décision cause un préjudice moral au couple commanditaire ou qu'elle refuse de remettre l'enfant au couple commanditaire ? La Mission d'information sur la révision des lois bioéthiques relève à cet égard qu'un encadrement légal n'est pas susceptible d'écarter tout risque de contentieux, notamment si l'enfant né ne correspond pas au désir du couple commanditaire ou si la mère porteuse dispose d'un droit de rétractation ou de réflexion (CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 154). Elle relève au contraire l'impossibilité de définir un encadrement apte à éviter les dérives (CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 159).

⁹ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 48.

¹⁰ Voir les exemples cités par : CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature, tome 1, p. 153-154.

entre les adultes ayant pour objet la fabrication et la filiation d'un enfant, « *laisse place à l'idée que l'enfant à naître est, au moins pour partie assimilable à un objet de transaction* »¹. C'est en sens que la convention de maternité pour autrui organise une remise de l'enfant, considéré comme une chose, au titre d'un transfert de propriété². Elle suppose à nouveau une rencontre entre la mère gestatrice et le couple commanditaire, ce qui ne permet pas de rendre la GPA anonyme et *a fortiori* gratuite³. Il ne saurait donc y avoir de don, c'est-à-dire un simple transfert matériel à titre gratuit, étant donné que « *les principes incontournables du don* » ne seraient pas garantis⁴. Cette possibilité consacrerait *in fine* un droit à l'enfant, ce que refuse également le droit pénal.

2/ L'incomplétude de la réponse pénale

480. La cohérence d'une sanction pénale des parents d'intention. – Avec la PMA, la France permet à des couples souffrant d'infertilité d'avoir un enfant. La législation ne peut toutefois pas répondre à tout prix à un désir d'enfant. Elle doit intervenir pour réguler ce dessein afin d'éviter toute réification du mineur. Des limites éthiques doivent être posées⁵. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant implique le maintien de l'interdiction des GPA⁶. Admettre le contraire reviendrait à considérer qu'il est possible de fabriquer des enfants pour la satisfaction des désirs individuels. L'enfant ne serait plus considéré pour ce qu'il est, mais comme un objet susceptible de satisfaire la volonté de personnes. Il s'agirait ni plus ni moins d'instrumentaliser l'enfant pour permettre à des personnes d'atteindre un bonheur. L'ordre public de direction ne peut justifier un enfant « conventionnel », autrement dit une conventionnalisation de la

¹ CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 62.

² Pour Madame Claire NEIRINCK, la convention de GPA porte sur un service : assurer la conception d'un enfant, conduire la grossesse jusqu'à sa naissance et le livrer au couple commanditaire. Pour l'auteure, il s'agirait d'une variété *sui generis* du contrat d'entreprise (NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273 ; NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 85 ; voir également : MIRKOVIC (A.), « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil, note sous CA Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758 », *D.*, 2012, p. 878). A l'inverse, Madame Muriel FABRE-MAGNAN estime qu'il s'agit d'un contrat de vente (FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 40 et s.).

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.

⁴ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.

⁵ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 179.

⁶ Deux propositions de lois avaient été déposées au Sénat afin de légaliser la GPA et d'en déterminer les conditions et les conséquences (*Proposition de loi n° 233 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui*, *Doc. Sénat*, 2009-2010 ; *Proposition de loi n° 234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui*, *Doc. Sénat*, 2009-2010).

fabrication des enfants. Nonobstant les arrêts *Mennesson c/ France* et *Labassée c/ France*¹, la fonction protectrice assurée par la loi ne doit pas être réduite à néant, même s'il suffit désormais de se rendre à l'étranger pour contourner la loi française². Dès lors, rien n'interdit d'assortir la reconnaissance totale des situations constituées à l'étranger en fraude à la loi française à des sanctions pénales³. Le recours à une adoption plénière limitée dans ses effets au seul profit de l'enfant permettrait de sanctionner civilement les parents⁴. Elle permettrait de rétablir un équilibre au sein de l'institution familiale dont l'ordre a été troublé par la transgression des parents. A l'inverse, la sanction pénale offre la possibilité de réparer le trouble causé à l'ordre public. Cela permettrait de pallier l'inefficacité du droit pénal lorsqu'un couple se rend à l'étranger pour y conclure une convention de GPA.

Dans l'intérêt de l'enfant, la reconnaissance de la filiation du mineur né d'une GPA doit être autorisée, quitte à poursuivre pénalement le couple commanditaire⁵. L'enfant serait protégé par les règles du droit civil qui lui garantiraient une filiation, tandis que le couple commanditaire serait sanctionné par l'application des règles du droit pénal réprimant les atteintes à la filiation de l'enfant. En outre, la « *condamnation pénale jouerait un rôle préventif en dissuadant les couples stériles de conclure une convention de gestation pour autrui à l'étranger* »⁶. Il existe ainsi plusieurs incriminations relatives au désir d'enfant, qui conduit les parents à adopter des comportements frauduleux⁷ et à priver le mineur de la possibilité d'établir sa véritable filiation en raison des indications portées sur son acte de naissance. En l'état actuel du droit positif, les délits organisés aux articles 227-12 et 227-13 du Code pénal paraissent cependant inapplicables. Les conventions de GPA sont principalement conclues et exécutées à l'étranger.

481. La provocation à l'abandon de l'enfant. – L'alinéa premier de l'article 227-12 du Code pénal punit « *le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître* »⁸. Cette

¹ Cour EDH, *Mennesson c/ France* précité – Cour EDH, *Labassée c/ France* précité.

² CLAEYS (A.), LEONETTI (J.), *Rapport n° 2235* précité, *Doc. AN, XIII^{ème} législature*, tome 1, p. 196.

³ En ce sens : THERY (I.), LEROYER (A.-M), *Rapport précité, Doc. fr.*, 2014, p. 197.

⁴ *Supra.* § 473.

⁵ BOURRAT-GUEGUEN (A.), « La mère porteuse ne peut pas se voir retirer l'autorité parentale en l'absence de danger pour l'enfant, note sous Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 2003 ; D. et a. c/ Ministère public [pourvoi n° 02-05.033 F-D] [Juris-Data n° 2003-023116] », *JCP G.*, 2004, II, 10058.

⁶ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, *JCP G.*, 2004, II, 10058.

⁷ DREIFUSS-NETTER (F.), précité, *RSC.*, 1986, p. 275.

⁸ Une proposition de loi a été déposée afin de modifier cette disposition. Serait puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende « *le fait de promouvoir ou de faciliter, par l'usage d'un moyen de communication, la conception d'un enfant par un couple dans l'intention préméditée de faire grandir l'enfant auprès de personnes différentes de ses parents biologiques* » (*Proposition de loi n° 806 visant à sanctionner le fait de promouvoir ou de*

répression de la provocation à l'abandon d'enfant est indifférente au résultat. Il n'est également pas indispensable que la provocation soit faite dans un but lucratif¹. Le terme abandon doit s'entendre *lato sensu*. Il peut désigner « *le fait de ne pas prendre en charge l'enfant sur un plan matériel et le fait d'effectuer des démarches pour permettre son adoption* »². Il peut encore « *se caractériser par la remise directe de l'enfant à un couple* »³, ce qui correspond au mécanisme des maternités de substitution. L'enfant est directement remis au couple commanditaire par la mère porteuse. Néanmoins, en vertu de l'article 113-2 du Code pénal, la loi française ne s'applique qu'aux infractions commises sur le territoire de la République. Or, la remise de l'enfant au couple commanditaire ayant eu lieu sur un territoire étranger, l'article 227-12, alinéa premier du Code pénal n'est pas applicable. De même, selon l'article 113-6 du même Code, la loi française est applicable aux délits commis par des français hors du territoire de la République « *si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». A nouveau, ce texte ne permet pas de réprimer la provocation à l'abandon de l'enfant à naître, car la remise du mineur a été accomplie en conformité à une convention maternité pour autrui, qui est licite dans certains Etats étrangers.

482. L'entremise en vue d'une maternité pour autrui. – Une analyse similaire s'impose pour le délit d'entremise en vue de la GPA organisé à l'alinéa troisième de l'article 227-12 du Code pénal. Cette disposition réprime « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* ». L'élément matériel de cette infraction est l'entremise. Cette infraction intentionnelle suppose que l'élément matériel soit antérieur à la conception ou à la gestation pour autrui. Dès lors, l'« *incitation au contrat de mère porteuse* » « *ne concerne que les enfants à concevoir* »⁴. La notion d'entremise « *désigne une relation d'intermédiaire entre deux personnes. En d'autres termes, il n'est pas question ici de pression sur une personne pour qu'elle accepte d'abandonner son enfant, à la différence de l'infraction prévue par l'article 227-12, alinéa premier. L'entremise désigne [...] la simple mise en relation entre deux personnes* »⁵, c'est-à-dire entre la mère porteuse et la personne ou le couple désirant se voir remettre cet enfant. Le délit d'entremise consiste donc à rapprocher deux personnes. Il se trouve caractérisé par une

faciliter par l'usage d'un moyen de communication la conception d'un enfant pour autrui, Doc. AN, XIV^{ème} législature).

¹ BONFILS (P.), « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, 2008, § 9.

² BONFILS (P.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, 2008, § 10. Egalement en ce sens : GOUTTENNOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2004, § 42.

³ BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, *JCP G.*, 2004, II, 10058.

⁴ GOUTTENNOIRE (A.), précité, *Rép. pén. Dalloz*, 2004, § 45.

⁵ BONFILS (P.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, 2008, § 15 et 21.

simple mise en relation¹. Il ne semble ainsi pas applicable puisque la mise relation ne peut être le fait que d'une personne extérieure à la convention de GPA, dont sont parties le couple commanditaire et la mère porteuse. En cela, l'élément matériel fait défaut puisque les parties au contrat de GPA ne peuvent être à l'origine de l'entremise. Seul l'entremetteur peut être puni sur le fondement de l'article 227-12, alinéa troisième du Code pénal et non les personnes liées par lui. Certains considèrent néanmoins qu'un acte de complicité pourrait être retenu à l'encontre des parents d'accueil², mais encore faut-il qu'il existe un fait principal punissable³. A nouveau, cela suppose que les démarches réalisées par l'entremetteur aient lieu, au moins partie, sur le territoire français en application de l'article 113-2 du Code pénal. Dès lors que l'ensemble des démarches entreprises par l'entremetteur, voire même par le couple d'accueil, ont eu lieu en territoire étranger, le droit français est inapplicable, les faits ayant été effectivement réalisés hors de la France. Dans le même sens, l'article 113-6 du même Code n'a pas vocation à s'appliquer. Le fait d'entremise en vue de la conclusion d'un contrat de GPA est licite dans des Etats étrangers⁴. Il n'existe donc pas d'infraction principale punissable, sauf à considérer que l'existence d'un simple fait matériel objectivement illicite en droit interne suffise à caractériser l'infraction principale punissable. L'acte de complicité aurait en lui-même une part de criminalité, ce qui justifierait sa sanction indépendamment de l'existence d'une infraction juridiquement constituée et caractérisée. Il est fort probable que cette solution ne trouve pas d'écho en raison du principe de légalité des délits et des peines, principe qui implique corrélativement une interprétation stricte de la loi pénale⁵. En outre, même à supposer que la répression du complice soit admise dans ce cas, il faudrait que ce dernier ait accompli en France l'acte de complicité⁶. Dans le cas contraire, la

¹ DEPADT-SEBAG (V.), « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui, note sous TGI Créteil, ord., 30 septembre 2004 », *D.*, 2005, p. 476.

² BOURRAT-GUEGUEN (A.), précité, *JCP G.*, 2004, II, 10058. Egalement : BONFILS (P.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, 2008, § 20.

³ Cass. crim., 13 novembre 1973, *Bull. crim.*, n° 414 – Cass. crim., 1^{er} décembre 1987, *Bull. crim.*, n° 438 – Cass. crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 81 – Cass. crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 5. Peu importe que seul le complice ait été poursuivi (Cass. crim., 28 novembre 2006, *Bull. crim.*, n° 294).

⁴ En ce sens : TGI Créteil, ord., 30 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.).

⁵ Art. 111-4 C. pén.

⁶ Cela suppose que le complice ait sciemment, par aide ou assistance, facilité la préparation ou la consommation du crime ou du délit principal (art. 121-7, al. 1^{er} C. pén.), ou qu'il ait provoqué l'infraction, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, ou donné des instructions pour la commettre (art. 121-7, al. 2nd C. pén.). A cet égard, il paraît difficilement concevable que le couple commanditaire ait contribué par des actes positifs à la préparation ou à la consommation de l'infraction par autrui. Cette hypothèse de complicité implique la fourniture de moyens ou un concours dans la réalisation de l'infraction. Or, le couple commanditaire ne fournit aucun moyen ou n'exécute aucun acte tendant à la commission de l'infraction. Il n'aide pas non plus l'entremetteur à exécuter la mise en relation avec une mère porteuse. Il attend que l'auteur principal du délit de l'article 227-12, alinéa troisième du Code pénal les mette en lien avec une mère gestatrice. A l'inverse, il est possible de retenir un acte de complicité par provocation lorsque le couple commanditaire remet à l'entremetteur une somme d'argent ou s'il lui promet une telle somme, afin qu'il les mette en relation avec une mère porteuse. Cet acte positif et intentionnel est une incitation à l'entremise. Il est également antérieur à la consommation du délit d'entremise en vue d'une GPA, ce d'autant plus

répression s'avère impossible étant donné que l'acte de complicité a été réalisé à l'étranger. L'article 113-5 du Code pénal énonce les règles applicables lorsque l'infraction a été commise à l'étranger avec un acte de complicité réalisé en France. Ce texte dispose que « *la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* ». D'emblée, il est nécessaire de constater que l'acte de complicité ne pourra pas être poursuivi. Les conditions de la compétence territoriale de loi française ne sont pas remplies. Le délit d'entremise en vue de la GPA ne fait pas l'objet d'une double incrimination par la loi française et la loi étrangère. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette exigence¹, qui ne s'avère pas satisfaite dans cette situation. L'entremise en vue de la GPA est autorisée par certaines législations étrangères. Le comportement du couple commanditaire pourrait toutefois être puni sur le fondement de l'article 227-13 du Code pénal, ce d'autant plus que cette disposition paraît la plus adaptée pour réprimer les conventions de GPA conclues à l'étranger en fraude à la loi. Madame Muriel FABRE-MAGNAN estime effectivement que la maternité de substitution fait penser à la substitution d'enfants².

483. La simulation d'enfant. – L'alinéa premier de l'article 227-13 du Code pénal prévoit la répression de « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant* ». Ce texte incrimine un comportement entraînant « *une atteinte à l'état civil de l'enfant. Cette exigence de résultat constitue une condition de ces infractions* »³. Au demeurant, si ce comportement n'a pas eu pour résultat une atteinte à l'état civil de l'enfant, mais qu'il a seulement eu pour objet d'y porter atteinte, il reste punissable sur le fondement de la tentative⁴. En d'autres termes, « *il importe finalement peu que le résultat de l'atteinte à l'état civil de l'enfant ne se soit pas produit* »⁵. Les infractions de substitution volontaire, de simulation ou de dissimulation ne sont applicables que si elles concernent un enfant vivant⁶. Dans le cadre des conventions de maternité pour autrui, c'est le délit de simulation qui trouve à s'appliquer. Cette infraction intentionnelle « *est le fait de prêter à une femme un accouchement qui n'a pas eu lieu. De façon plus précise, c'est le fait pour une femme de faire*

qu'il conditionne souvent la rencontre future avec la mère porteuse. Au demeurant, ces actions sont souvent réalisées sur le territoire étranger.

¹ Cass. crim., 10 février 1999, *Bull. crim.*, n° 15.

² FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 32.

³ BONFILS (P.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, 2008, § 38.

⁴ Art. 227-13, al. 2nd C. pén.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1743.

⁶ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1744.

croire qu'elle a été enceinte et qu'elle a accouché d'un enfant »¹. Lorsque la GPA est réalisée à l'étranger, il ne peut pas être reproché au couple commanditaire d'avoir privé l'enfant de sa filiation d'origine, car elle n'a été à aucun moment susceptible d'être établie². Selon l'article 311-14 du Code civil, la filiation de l'enfant est régie par la loi étrangère. En effet, la filiation du mineur est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance ou par la loi personnelle de l'enfant si la mère n'est pas connue. La femme ayant accouché et l'enfant qu'elle met au monde, étant de nationalité étrangère, c'est la loi étrangère qui s'applique. Cette législation est donc susceptible d'exclure toute filiation juridique entre la femme qui accouche en exécution d'une convention de GPA et l'enfant né de la convention. De ce point de vue, le comportement reproché au couple commanditaire a « *certes, pour but d'établir une filiation considérée comme fictive au regard du droit français* », mais il n'a « *pas eu pour effet de priver les enfants d'une filiation et, donc, d'un état civil qui, en tout état de cause, n'auraient pas pu être établis* »³. Autrement dit, la transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil peut avoir pour conséquence de priver les enfants de la faculté de connaître les circonstances de leur conception et de leur naissance, mais il n'en demeure pas moins que ces circonstances les empêchent d'établir un lien de filiation avec la mère porteuse en application de la loi étrangère. Madame Valérie DEPADT-SEBAG juge ainsi que « *la matérialité des faits apparaît incertaine* »⁴. Quoiqu'il en soit, s'il est admis que l'acte de simulation reproché au couple commanditaire est effectivement réalisé, le délit a été entièrement commis à l'étranger, y compris si la transcription a lieu aux consulats généraux de France situés dans les Etats accréditaires. En droit international, ils ne jouissent d'aucun élément extraterritorialité à la différence des ambassades⁵. Aucun élément constitutif n'a été commis sur le territoire de la République⁶. En outre, la législation étrangère ne punissant pas les maternités de substitution, il n'est pas possible d'engager des poursuites⁷. La fausse attribution de l'enfant à la femme commanditaire est souvent réalisée avec le retour du couple commanditaire à l'étranger, ce qui ne permet pas l'application de l'article 227-13 du Code pénal⁸. Un troisième alinéa pourrait dès lors être ajouté à cet article 227-13 afin de réprimer les simulations réalisées hors du territoire de la République, y compris si elles ont été accomplies en conformité avec la loi étrangère. Cette disposition serait rédigée en ce sens : « dans le cas où le délit prévu par le premier ou le deuxième alinéa est commis à l'étranger par un

¹ BONFILS (P.), précité, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, 2008, § 41.

² DEPADT-SEBAG (V.), précité, *D.*, 2005, p. 476.

³ DEPADT-SEBAG (V.), précité, *D.*, 2005, p. 476.

⁴ DEPADT-SEBAG (V.), précité, *D.*, 2005, p. 476.

⁵ TGI Créteil, ord., 30 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.).

⁶ Art. 113-2 C. pén.

⁷ Art. 113-6, al. 2 C. pén.

⁸ TGI Créteil, ord., 30 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.).

Français résidant habituellement sur le territoire de la République, la loi française est applicable par dérogation aux dispositions de l'alinéa deuxième de l'article 113-6¹. Les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».

Section 2. L'accès aux origines de l'enfant non désiré par sa famille

484. Le fondement du droit de l'enfant à accéder à ses origines – Lorsque les parents refusent et abandonnent leur enfant en le remettant au service de l'ASE, « *ils renoncent volontairement à assumer les charges qui découlent de la naissance* »². Ces derniers décident de ne pas exercer l'autorité parentale et de ne pas contribuer à l'entretien de l'enfant³. Ainsi, « *le droit permet aux parents d'exclure l'enfant de la famille, de le supprimer sans attenter à sa vie* »⁴. La mise en œuvre du droit au refus de l'enfant par les père et mère prive immédiatement le mineur de son droit à une vie familiale⁵. Il est victime du choix de sa famille. L'enfant ignore ses origines, car il n'entre pas nécessairement dans la famille et n'en porte pas le nom⁶. Le mot « origine » provient du latin *origo*, dérivé d'*orior*. Il constitue le commencement, la première apparition ou manifestation de quelque chose. C'est un point de départ, un lieu ou un contexte dont est issu quelque chose⁷. Appliqué à l'enfant, ce terme renvoie à la naissance et à la filiation. Il traduit une descendance et permet de s'inscrire dans la lignée de ses parents⁸.

L'article 7, § 1 de la CIDE énonce que « *l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et à dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité, et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». Dès lors, en tant qu'élément des droits

¹ Dès lors, peu importe que la législation étrangère ne punisse pas le recours à une convention de GPA. La simulation de l'enfant, même accomplie conformément à cette loi, pourrait être réprimée. Par exemple, dans l'espèce soumise au tribunal de grande instance de Créteil, la juridiction a relevé tous les faits qui pourraient être qualifiés d'éléments constitutifs de la simulation : tentative infructueuse de recueillir les ovules de la femme commanditaire, insémination de la mère porteuse avec le sperme de l'homme commanditaire, conception des enfants, jugement de la Cour supérieure de l'Etat de Californie qui légitime leur qualité de parents, établissement des actes de naissance et des passeports des enfants, tentative infructueuse de transcription des actes de naissance des enfants au consulat général de France à Los Angeles (TGI Créteil, ord., 30 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.)). Ces faits n'ayant pas été commis en France, mais dans un Etat où ils ne sont pas pénalement répréhensibles, la loi française n'est pas applicable. En introduisant une dérogation à l'article 227-13 du Code pénal, ces mêmes faits pourraient faire l'objet d'une qualification pénale France.

² NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 107.

³ La contribution à l'entretien de l'enfant n'est pas liée à l'exercice de l'autorité parentale. Seule la filiation est prise en compte (Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 135).

⁴ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 69.

⁵ L'enfant ne sera privé de son droit à une vie familiale que provisoirement, étant donné qu'il a droit à une protection de remplacement, notamment familiale (art. 20 CIDE).

⁶ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 68.

⁷ *Le Petit Larousse illustré*, V° origine.

⁸ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 29.

de la personnalité et de la protection de l'identité du mineur, le droit de connaître ses parents impliquerait le droit de connaître ses origines¹. Cette disposition a été présentée comme la consécration du droit pour l'enfant de connaître ses origines², bien qu'elle comporte en elle-même une limite rédactionnelle. Le droit de l'enfant de connaître des parents s'exerce dans la mesure du possible. Il n'existe pas de droit absolu pour le mineur à connaître ses parents. Une impossibilité matérielle peut faire obstacle au droit de l'enfant à accéder à ses origines, notamment lorsqu'il est abandonné par ses parents et trouvé par un tiers. Une disposition légale pourrait également créer une impossibilité juridique à l'accès aux origines pour l'enfant non désiré par sa famille. Mais dans ce cas, l'enfant peut-il être légalement privé des éléments constitutifs de son identité alors qu'une convention internationale reconnaît à l'enfant le droit de connaître ses parents³ ? La reconnaissance de la pratique de l'accouchement secret et anonyme, organisé à l'article 326 du Code civil, permet néanmoins de priver l'enfant de son identité et de ses origines. La liberté de la mère, qui lui permet de ne pas dévoiler et de garder secrète son identité, s'oppose au droit du mineur d'accéder à ses origines. Cette tolérance consacrée dans la loi aboutit « à la destruction de l'identité de l'enfant, contre laquelle s'élève précisément la Convention internationale »⁴ des droits de l'enfant. L'autonomie de la volonté de la femme ne constitue pour autant pas une liberté totale pour celle-ci. Le droit pour la femme, et *a fortiori* des parents, de refuser l'enfant doit s'accorder avec le droit pour ce dernier à connaître ses origines. Le législateur est intervenu pour réguler le droit des parents au refus de l'enfant, afin d'atteindre un équilibre et de concilier les intérêts en présence. En réalité, tout dépend des formes dans lesquelles l'enfant a été abandonné (§ 1), ce qui implique de constater la relativité du droit de l'enfant à connaître ses origines personnelles (§ 2). Ce droit serait donc « un principe imprécis et peu opérationnel »⁵.

§ 1/ Les formes de l'abandon de l'enfant non désiré

485. L'encadrement du droit au refus de l'enfant. – Le législateur est intervenu afin d'encadrer le droit des parents au refus de l'enfant. Il a déterminé les conditions dans lesquelles l'enfant non désiré pouvait être abandonné par ses parents. L'enfant non désiré par ses parents est

¹ MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.

² CORPART-OUERICH (I.), précité, *RDSS*, 1994, p. 1 ; ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.) et *al.*, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1993, p. 111.

³ NEIRINCK (C.), précité, in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 29 ; ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.) et *al.*, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1993, p. 111.

⁴ ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.) et *al.*, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1993, p. 112.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 29

remis au service de l'ASE et admis en qualité de pupille de l'Etat¹. Les parents biologiques perdent ainsi leur droit d'autorité parentale. Ils ne peuvent plus en exercer les attributs. Afin d'assurer la protection du mineur, l'Etat, par l'intermédiaire du préfet², exercera une tutelle administrative sur le mineur. L'objectif consiste à fournir à l'enfant un environnement juridique, mais aussi éducatif et matériel stable pour garantir son développement physique, affectif, intellectuel et social. C'est une protection de remplacement qui est donnée à l'enfant conformément à l'article 20 de la CIDE. Celle-ci reste toutefois temporaire, étant donné que les enfants admis en qualité de pupille de l'Etat ont vocation à être adoptés dans les meilleurs délais³. En effet, l'enfant qui n'a pas pu être élevé par ses parents doit pouvoir l'être par d'autres. Tous les mineurs ne sont pas refusés par leurs familles dans les mêmes formes. Les conditions d'admission des mineurs en qualité de pupilles de l'Etat ne sont donc pas uniformes (A). En outre, ces modalités sont susceptibles de provoquer des difficultés lorsque la famille biologique tente de faire établir un lien avec le mineur⁴. Un contentieux peut survenir suite à l'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'Etat, particulièrement en cas d'accouchement sous X (B).

A/ Les conditions de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat

486. Une décision parentale paradoxale. – Le statut des pupilles de l'Etat est organisé aux articles L. 224-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles. Ce dispositif n'ignore pas les parents biologiques dont les droits sont garantis lorsqu'ils exercent leur droit au refus de l'enfant. Ils sont accompagnés tout au long de la procédure, ce d'autant plus que leur décision s'inscrit dans une démarche protectrice et responsable vis-à-vis du mineur. Titulaires de l'autorité parentale, ils décident d'assurer la protection l'enfant puisque leur décision tend à le protéger contre d'éventuelles difficultés qui pourraient survenir dans la cellule familiale. Cette procédure garantit également un contrôle de la parentalité et permet d'éviter des montages juridiques frauduleux à l'origine d'une GPA⁵. Les autorités publiques pourront orienter le choix des parents, notamment lorsqu'il s'agit de laisser des informations relatives aux origines de l'enfant.

L'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat est un moment décisif. Elle peut conditionner pour le mineur son statut de victime en devenir si ces parents ne laissent aucun

¹ Les parents de naissance ou d'origine peuvent aussi confier l'enfant à un OAA. Malgré « *leur rôle est limité en matière d'adoption nationale* » (NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 343 à 370-2, fasc. 10, 2009, § 110), cette forme d'abandon volontaire sera évoquée en raison des risques et inconvénients qu'elle peut présenter, l'un des premiers étant que l'enfant ne bénéficie pas du statut protecteur de pupille de l'Etat.

² Art. L. 224-1 C. act. soc. et fam.

³ Art. L. 225-1 C. act. soc. et fam.

⁴ *Supra.* § 353 et s.

⁵ *Supra.* § 352.

élément lui permettant de connaître ses origines. C'est en ce sens que le choix des parents de refuser l'enfant est une décision paradoxale. Tout en garantissant la protection préventive du corps du mineur, ils privent celui-ci de la possibilité d'établir son identité et portent atteinte à ses droits de la personnalité. Quoiqu'il en soit, si ce dernier entre dans l'une des catégories de pupille de l'Etat, l'admission est obligatoire. Le président du Conseil général doit vérifier que l'enfant appartient à l'une de celles-ci. Il existe ainsi plusieurs hypothèses d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat (1), chacune d'entre elles impliquant des modalités différentes d'accompagnement des parents (2).

1/ Les hypothèses d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat

487. L'enfant non refusé par sa famille. – L'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles détermine les catégories de mineurs admissibles en qualité de pupille de l'Etat. Tous n'ont pas été refusés par leurs parents. Certains enfants sont admis en qualité de pupille de l'Etat suite à une décision judiciaire¹, d'autres parce qu'ils sont orphelins de père et de mère et qu'une tutelle n'a pas été organisée dans les conditions du droit commun². Dans ces hypothèses, les parents n'ont pas souhaité abandonner leurs enfants. C'est une circonstance indépendante de leur volonté qui entraîne la séparation, spécialement si l'enfant appartient à l'une des catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles³.

488. L'enfant volontairement refusé par sa famille. – Les père et mère peuvent décider volontairement et librement de refuser leurs enfants. Dans ce cas, rien ne les contraint à se séparer de leur progéniture. C'est par exemple le cas pour les mineurs dont la filiation n'est pas établie ou connue⁴ (a) ou des mineurs dont la filiation est établie et connue et qui ont été remis expressément au service de l'ASE par un seul ou les deux parents⁵ (b).

a/ L'enfant non désiré sans filiation établie ou connue

489. L'enfant trouvé. – Les mineurs pour lesquels la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'ASE depuis plus de deux mois, sont des

¹ Retrait total de l'autorité parentale ou déclaration judiciaire d'abandon (art. L. 224-4, 5° et 6° C. act. soc. et fam.).

² Art. L. 224-4, 4° C. act. soc. et fam.

³ *Supra.* § 253.

⁴ Art. L. 224-4, 1° C. act. soc. et fam.

⁵ Art. L. 224-4, 2° et 3° C. act. soc. et fam.

pupilles de l'Etat. Cette catégorie concerne les nouveau-nés trouvés et déclarés à l'officier de l'état civil du lieu de la découverte par la personne qui a trouvé l'enfant et qui ne consent pas à s'en charger¹. Un acte d'enfant trouvé est alors dressé². Le procès-verbal mentionnera également l'autorité, comme l'ASE, ou la personne à qui l'enfant a été confié. Dans cette situation, le ou les parents refusent d'assumer les droits et devoirs liés à l'autorité parentale, soit parce que l'enfant n'est pas désiré ou est rejeté, soit en raison de contrainte matérielle ou morale comme l'âge des parents, la culture familiale. L'enfant est non seulement refusé par sa famille, mais il est probablement délaissé dans un lieu quelconque³, ce qui représente un risque pour son intégrité physique. Des motifs identiques justifient l'abandon du mineur au moyen d'un accouchement secret et anonyme, à la différence que la sécurité du mineur est garantie dans cette situation.

490. L'enfant du secret⁴. – Les enfants nés d'un accouchement sous X sont admissibles en qualité de pupille de l'Etat lorsqu'ils sont recueillis par l'ASE, voire par un OAA⁵. En effet,

¹ Art. 58, al. 1^{er} C. civ.

² Art. 58 C. civ.

³ *Supra*. § 59 et s.

⁴ BONNET (C.), *op. cit.*, Paris : Odile Jacob, 1992. Voir également : BATTEUR (A.), « Secrets autour de la conception d'un enfant », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2005, p. 15.

⁵ La femme accouchée sous X peut également abandonner l'enfant en le confiant à un OAA (art. L. 223-7 C. act. soc. et fam.). Or, les OAA ne peuvent recueillir que des mineurs dont la filiation est établie et pour lesquels les deux parents ont consenti à l'adoption (art. 348-4 et 348-5 C. civ.). Un lien de filiation existe, ce qui n'est pas le cas pour l'accouchement sous X. Dès lors, la mère ne devrait pas pouvoir remettre seule l'enfant à un OAA, ce d'autant plus qu'elle ne peut pas juridiquement consentir à l'adoption. Cette situation est donc susceptible de créer des hypothèses de fraude, voire l'organisation de maternité de substitution. Il ne devrait dès lors pas être possible de confier un enfant né sous X à un OAA, puisqu'il n'appartient à aucune catégorie d'enfant adoptable (art. 347 C. civ.) (en ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189 ; NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2010, p. 735 ; EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 230 ; *contra*. : SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.231). Il a par ailleurs été jugé qu'un OAA avait compétence pour recueillir un enfant né sous X, mais que cet accueil ne rendait pas l'enfant adoptable. Il ne pouvait le devenir qu'après son admission en qualité de pupille de l'Etat, ce qui suppose de le retirer à l'OAA. Ainsi, la remise de l'enfant né sous X à l'OAA n'équivalait pas à un consentement à l'adoption en l'absence de lien de filiation établi avec l'enfant (CA Toulouse, 25 mai 2011, *Jurisdata* n° 2011-014392). Ce n'est pas la position suivie par la Cour de cassation qui estime que le mineur, sans filiation établie et remis à un OAA, entre dans la catégorie des enfants adoptables de l'article 347 du Code civil. Le conseil de famille, réuni par un juge aux affaires familiales, exerçant les fonctions de juge des tutelles, pouvait donc valablement consentir à l'adoption plénière en application du 1° de l'article 347 du Code civil (Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} juin 2011, *Bull. civ. I*, n° 104 – Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} juin 2011, *Bull. civ. I*, n° 105). En droit l'enfant remis à un OAA est un enfant sans famille. Il ne peut avoir un conseil de famille de droit commun apte à consentir à son adoption en application de l'article 347, 1° du Code civil. Il n'est pas pupille de l'Etat (art. 347, 2° C. civ.) et n'a pas été déclaré judiciairement abandonné sur le fondement de l'article 350 du Code civil (art. 347, 3° C. civ.). En ce sens, l'enfant ne serait pas adoptable. Néanmoins, l'article 390, alinéa deuxième du Code civil prévoit que la tutelle « s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie », ce qui permet d'appliquer cette disposition à l'enfant né sous X. En outre, « peuvent être membres du conseil de famille les parents et alliés des père et mère du mineur ainsi que toute personne, résidant en France ou à l'étranger, qui manifeste un intérêt pour lui » (art. 390, al. 3 C. civ.). Les membres d'un OAA peuvent dès lors être désignés pour former un conseil de famille susceptible de consentir à son adoption en application de l'article 347, 1° du Code civil (sur cette analyse : SALVAGE-GEREST (P.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 221.231). C'est ce raisonnement qu'a adopté la Cour de cassation. Le conseil de famille constitué à l'initiative de l'OAA et présidé par le juge aux affaires familles peut donner le consentement à l'adoption de l'enfant,

pour ces derniers la filiation n'est ni connue ni établie. Il n'existe aucun lien juridique entre la mère de naissance et l'enfant¹. Même s'il est impossible de contester matériellement le fait que la femme a accouché, le législateur et la jurisprudence considèrent que celle-ci n'a jamais accouché en droit². L'enfant n'a pas de filiation établie ou connue avec sa mère et le plus souvent avec son père, qui n'est pas informé de la grossesse et *a fortiori* de l'accouchement. Cette situation se distingue de celle où l'enfant a une filiation connue mais non établie.

491. L'enfant disposant d'une filiation connue mais non établie. – Les parents ne sont pas obligés d'inscrire leur nom dans l'acte de naissance de l'enfant³. L'accouchement sous X n'est pas non plus impératif si la mère veut rester anonyme⁴. Elle ne bénéficiera simplement pas du secret puisque les articles 326 du Code civil et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles ne s'appliquent pas. Tout dépend donc de la volonté de la femme et plus généralement, des parents. Dans cette situation, l'enfant n'est pas nécessairement refusé par sa famille et admis en qualité de pupille de l'Etat. Il peut demeurer avec ses parents qui ont la possibilité d'établir ensuite le lien de filiation ou de l'abandonner, y compris lorsque la filiation est établie et connue, en le remettant volontairement au service de l'ASE.

b/ L'enfant non désiré remis volontairement par ses parents

492. La dualité des remises volontaires. – Les enfants, dont la filiation est établie ou connue, peuvent être expressément remis à l'ASE par les deux parents ou l'un d'eux⁵. Il s'agit de deux hypothèses distinctes de remises volontaires de l'enfant, énoncées aux 2° et 3° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles. Celles-ci n'ont pas nécessairement lieu à la naissance de l'enfant et sont susceptibles d'intervenir durant toute sa minorité, ce qui permet aux parents de refuser l'enfant alors même qu'ils ont accepté de le prendre en charge à sa naissance.

Si l'enfant est remis par ses deux parents⁶, il ne devient pupille de l'Etat à titre définitif qu'après l'écoulement d'un délai de deux mois⁷. Cette période correspond au temps durant lequel

comme le ferait le conseil de famille des pupilles de l'Etat. Une clarification législative est donc souhaitable afin de ne pas compromettre la stabilité de l'enfant, surtout que les OAA ont toujours recueilli des enfants sans filiation.

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 368 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 107.

² NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922.

³ Art. 57 C. civ. ; art. 311-25 C. civ. spécifiquement pour la mère.

⁴ Elle ne bénéficie alors pas des articles 326 du Code civil et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles.

⁵ Les parents qui souhaitent se séparer de l'enfant peuvent le confier à un OAA lorsqu'ils consentent tous deux à l'adoption du mineur (art. 348-4 et 348-5 C. civ.). Cela leur permet de ne pas abandonner l'enfant à un service public, en raison notamment d'une suspicion injustifiée à l'égard de l'ASE (NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189).

⁶ Le texte vise les personnes qui ont qualité pour consentir à l'adoption.

⁷ Art. L. 224-4, 2° C. act. soc. et fam.

les père et mère peuvent changer d'avis et reprendre leur enfant de droit¹ ou rétracter leur consentement à l'adoption². Il existe donc une symétrie cohérente entre les dispositions du Code de l'action sociale et des familles et les règles de droit civil. L'enfant peut également être remis par un seul de ses parents³. Dans ce cas, il consent seul à la remise et *a fortiori* à l'adoption du mineur⁴. Ce parent bénéficie d'un délai de rétractation de deux mois, tandis que celui des père et mère qui n'a pas consenti à la démarche bénéficie d'un délai de six mois pour réclamer l'enfant⁵. A ce titre, l'ASE doit, avant l'expiration de ce délai de six mois, procéder à la recherche de ce parent, afin de s'assurer qu'il ne souhaite pas assumer la charge de l'enfant⁶. Cela signifie que le mineur doit être refusé par ses deux parents. Ce n'est qu'ensuite qu'il sera admis définitivement comme pupille de l'Etat. En effet, vis-à-vis du parent qui n'a pas consenti à la remise, celle-ci peut s'analyser comme un abandon de fait sans contrôle de droit des autorités publiques⁷. Cette possibilité de remise volontaire implique effectivement qu'un parent, dont la filiation à l'égard de l'enfant est établie, « *puisse voir son enfant admis en qualité de pupille de l'Etat après six mois, sans avoir été acteur de cette démarche dont il n'a peut-être même pas été informé* »⁸.

La remise volontaire de l'enfant à l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'Etat n'est pas un acte usuel de l'autorité parentale, susceptible d'être accompli par un seul des parents avec l'accord présumé de l'autre⁹. Elle peut conduire à une adoption de l'enfant, prélude à une rupture des liens familiaux en cas d'adoption plénière¹⁰. De ce point de vue, l'écoulement du temps fait dépendre le maintien des liens entre l'enfant et l'un de ses parents qui ne le refuse pas nécessairement¹¹. L'absence de contrôle judiciaire pourrait constituer une violation du droit au respect de la vie familiale tel qu'il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. La remise volontaire ne peut

¹ Art. L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam.

² Art. 348-3, al. 2 C. civ.

³ Art. L. 224-4, 3° C. act. soc. et fam.

⁴ Si l'enfant est confié à un OAA, le consentement à l'adoption d'un seul parent pourrait-il être suffisant ? *A fortiori* non, puisque les deux parents doivent consentir à la remise de l'enfant dont la filiation est établie (art. 348-4 et 348-5 C. civ.). Cependant, si l'autre parent demeure introuvable, le consentement d'un seul pourrait suffire étant donné que le parent absent serait dans l'impossibilité de manifester sa volonté (art. 348, al. 2 C. civ.). L'un des parents, ignorant la remise du mineur à l'OAA, abandonnerait l'enfant contre sa volonté. Cela est d'autant plus vrai que les OAA n'ont pas l'obligation de rechercher les intentions de l'autre parent contrairement à l'ASE. Des fraudes peuvent donc se produire. C'est pourquoi un parent ne devrait pas pouvoir confier seul l'enfant à un OAA, notamment en cas d'accouchement sous X où la mère peut unilatéralement écarter le père de la vie de l'enfant.

⁵ Art. L. 224-4, 3° et L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam.

⁶ Art. L. 224-4, 3° C. act. soc. et fam.

⁷ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 324.

⁸ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 71.

⁹ Art. 372-2 C. civ.

¹⁰ Art. 356, al. 1^{er} C. civ.

¹¹ En principe, le maintien des liens familiaux ne doit pas uniquement dépendre de l'écoulement du temps (Cour EDH, *W. c/ Royaume-Uni* précité, § 65 – Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 45).

pas être laissée à l'initiative d'un seul parent même s'il dispose de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Elle manifeste une renonciation du parent à ses droits parentaux, ce qui relève de la titularité et non de l'exercice de l'autorité parentale¹. Les auteurs du rapport « 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui » considèrent ainsi que l'acte qui emporte abandon des droits parentaux ne peut pas être valable sans que les deux titulaires de l'autorité parentale y consentent. Ils ajoutent que « *le consentement à un tel acte ne saurait être déduit du silence du parent qui n'a pas remis l'enfant, d'autant plus qu'il n'est pas certain qu'il ait été informé de cette remise de l'enfant* »². Il est donc possible que le parent puisse intenter un recours contre les actes consécutifs à l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, en particulier s'il n'a eu connaissance ni de la remise volontaire, ni de l'arrêté d'admission de l'enfant en cette qualité³. Pour remédier à ces difficultés, ils proposent de sécuriser cette modalité de remise volontaire de l'enfant à l'ASE. Ils envisagent une intervention du tribunal de grande instance qui constaterait l'existence d'un délaissement parental à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la remise, et non d'un an à compter du recueil de l'enfant⁴. Cette proposition est intéressante, mais elle consacre une dualité de délai pour justifier le prononcé d'une déclaration judiciaire d'abandon. Or, en quoi le comportement du parent qui n'a pas consenti à la remise et qui ne se manifeste pas durant six mois est-il différent de celui du père ou de la mère qui délaisse son enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'ASE ? La particularité de la remise volontaire peut-elle justifier une telle distinction et un délai raccourci pour la caractérisation du délaissement parental, alors que la situation est semble-t-il identique, le parent se désintéressant objectivement du mineur tandis que l'autre le refuse ? En outre, le parent a-t-il réellement délaissé son enfant ?

La définition du délaissement parental proposée par le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » inclut l'hypothèse où les parents auraient été empêchés par un tiers d'accomplir des actes ou des relations nécessaires au développement de l'enfant⁵. Si l'ASE à qui l'enfant est remis par l'un des parents ne crée *a priori* pas d'obstacle au maintien des relations personnelles entre le parent et le mineur, ce service devant même s'employer à connaître les

¹ En ce sens : EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 103.

² GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 72.

³ *Infra.* § 508. Désormais, le délai de contestation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat court à compter de la notification de l'acte administratif aux parents (art. L. 224-8, II et III C. act. soc. et fam.). Or durant cette période, l'enfant peut avoir été adopté.

⁴ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 70, 72 et 73.

⁵ *Supra.* § 40 ; GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 70.

intentions de l'autre parent et *a fortiori* rechercher son consentement à la remise, ce n'est pas le cas du parent qui a consenti seul à la remise de l'enfant. En d'autres termes, dès lors qu'un tiers peut entraver les relations entre l'enfant et ses parents, l'un des père et mère le peut également, spécialement en confiant l'enfant à l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'Etat sans en informer l'autre. Dans ce cas, la déclaration judiciaire d'abandon ne devrait pas pouvoir être prononcée, faute pour le tribunal de grande instance d'avoir pu démontrer l'existence objective d'un délaissement parental. L'exigence d'un contrôle judiciaire ne doit cependant pas être ignorée, étant donné que l'écoulement du temps ne peut suffire en lui-même à priver l'un des parents de ses droits et surtout l'enfant de son droit à connaître ses parents et à être élevé par eux conformément à l'article 7, § 1 de la CIDE. L'impossibilité pour le service de l'ASE à connaître les intentions du parent qui n'a pas consenti à la remise volontaire de l'enfant pourrait néanmoins être constatée par le tribunal de grande instance. Ce constat conditionnerait l'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat. A ce titre, l'autorité judiciaire serait en mesure de s'assurer objectivement que l'autre parent n'a pas pu être identifié par l'ASE et que de ce fait, il n'a pas pu consentir à la remise volontaire. Cette solution permettrait d'éviter un recours à la procédure de la déclaration judiciaire d'abandon, qui présente un caractère incertain si les juges du fond considèrent que l'un des parents a fait obstacle au maintien des relations entre l'enfant et l'autre parent en remettant seul l'enfant à l'ASE. L'examen objectif de l'action de l'ASE permettrait de présumer judiciairement que l'enfant est refusé par ses deux parents. Le troisièmement de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles pourrait être rédigé de cette manière : « les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'Etat et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent, notamment pour rechercher son consentement à la remise de l'enfant en vue de son admission en qualité de pupille de l'Etat¹ ; si ce parent n'a pas pu être identifié dans ce délai de six mois à compter de la remise de l'enfant, le service de l'aide sociale à l'enfance saisit obligatoirement le tribunal de grande instance afin de faire constater l'impossibilité de connaître les intentions de l'autre parent et de rechercher son consentement à la remise »². Cette proposition permettrait de démontrer davantage un refus de

¹ Cette recherche du consentement à la remise a également été évoquée par le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 73).

² Un nouvel article devrait également être introduit dans la section du Code de procédure civile relative aux « Dispositions applicables aux pupilles de l'Etat ». Il serait rédigé en ce sens : « La demande relative au constat de

l'enfant par ses parents. En effet, refuser c'est ne pas accepter quelque chose ou quelqu'un¹, ce qui montre clairement la volonté du parent d'écarter l'enfant, de l'exclure de la famille. A l'inverse, le délaissement est le signe d'un manque d'intérêt de la famille pour l'enfant². Or ce désintérêt ne signifie pas pour autant que les parents souhaitent évincer l'enfant de la cellule familiale. Ils peuvent souhaiter conserver des relations avec ce dernier, mais le négligent au point de compromettre son développement. En outre, le délaissement se réalise *a priori* dans le temps tandis que le refus de l'enfant est un acte de volonté à un moment précis, ce qui correspond à la finalité de la remise volontaire.

493. La finalité des remises volontaires. – Les hypothèses de remises volontaires étaient auparavant désignées par le terme d'« abandon volontaire ». Cette dénomination a aujourd'hui disparu en raison de sa consonance négative vis-à-vis des parents³, ce d'autant plus que la remise volontaire serait davantage guidée par l'intérêt de l'enfant que par le désir de l'abandonner, voire d'écarter quelqu'un d'encombrant⁴. L'objectif consiste à donner à l'enfant une protection que son milieu familial n'est plus en mesure d'assurer. C'est une démarche volontaire des parents pour anticiper d'éventuelles difficultés susceptibles de mettre en danger l'enfant. Il n'en demeure pas moins qu'elle permet aux père et mère de rejeter l'enfant de la cellule familiale s'ils n'en veulent plus. Elle est donc également une manifestation unilatérale de leur volition, en ce qu'elle leur permet de refuser le mineur à tout moment. Cette situation du mineur, consécutive à la remise, ne peut être que temporaire. Par principe, le statut de pupille de l'Etat n'a pas vocation à durer, il trouve son issue dans l'adoption du pupille définitivement privé de son milieu familial. A ce sujet, l'adoption doit être « *désormais conçue davantage comme une coopération entre les familles que comme l'arrachement d'un enfant à sa famille par une autre famille* »⁵. Une véritable éthique dans l'accompagnement des parents doit ainsi se mettre en place au moment de la remise de l'enfant en vue de son admission en qualité de pupille de l'Etat.

l'impossibilité de connaître les intentions et de rechercher le consentement du parent qui n'a pas consenti à la remise de l'enfant en application de l'article L. 224-4, 3° du Code de l'action sociale et des familles est portée devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'enfant a été recueilli par le service de l'aide sociale à l'enfance (alinéa premier). Les dispositions des articles 1159 et 1160, du premier alinéa de l'article 1161 sont applicables à la demande et à l'instance (alinéa deuxième). Le jugement est prononcé en audience publique. Il est notifié par le greffier au président du conseil général (alinéa troisième). Les voies de recours sont régies par les dispositions de l'article 1163 (alinéa quatrième) ».

¹ *Le Petit Larousse illustré*, V° refuser.

² *Supra.* § 28.

³ C'est une avancée de la loi du 6 juin 1984 (L. n° 84-422 précitée ; *supra.* § 341).

⁴ RUBELLIN-DEVICHI (J.), précité, *RTD civ.*, 1991, p. 695.

⁵ ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 324.

2/ L'accompagnement parental au cours de l'abandon de l'enfant non désiré

494. La concrétisation pratique de l'équilibre recherché. – La suppression législative du terme « abandon » a entraîné une consolidation des droits de l'enfant et des parents. L'accompagnement n'a pas pour objet de dissuader les parents à abandonner leur enfant, ce d'autant plus que des mesures d'assistance de la famille existent pour permettre le maintien du mineur dans sa famille biologique¹. Il ne doit pas non plus favoriser ou provoquer les remises volontaires afin d'encourager l'adoption². Si l'accouchement sous X conduit à l'adoption régulière d'un mineur, il ne faut pas qu'il entraîne de fraudes « *en raison de la manière radicale dont il "gomme" l'identité de la génitrice* »³. L'accompagnement des parents au cours de la procédure d'abandon de l'enfant non désiré par sa famille est une forme de la régulation du désir d'enfant. Il permet d'encadrer le processus conduisant à l'exclusion du mineur de la cellule familiale. Cet accompagnement s'avère donc primordial. Il implique de trouver un équilibre entre le respect des droits des parents et ceux de l'enfant. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur en imposant certaines obligations à l'ASE lors de la remise ou du recueil de l'enfant (a), et en permettant aux parents de consentir à l'adoption (b) ou de revenir sur leur décision en sollicitant la restitution de l'enfant, sachant que des règles différentes ont été prévues selon qu'il s'agit des parents de naissance ou des parents biologiques qui sollicitent la restitution du mineur (c).

a/ Les garanties entourant la remise ou le recueil de l'enfant non désiré

495. Le procès-verbal de remise et l'information des parents. – Lorsque le mineur est recueilli par le service de l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'Etat, un procès-verbal de remise est dressé⁴. Cet acte concerne les enfants dont la filiation n'est pas établie ou connue, comme ceux dont la filiation est établie ou connue⁵. Il comporte plusieurs éléments à destination des parents⁶ qui sont spécialement informés des mesures instituées pour les aider à

¹ *Supra.* § 128.

² En ce sens : ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.), *op. cit.*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 324.

³ DREIFUSS-NETTER (F.), précité, *in op.cit.*, *Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 99.

⁴ Art. L. 224-5, al. 1^{er} C. act. soc et fam. (à cette date, l'enfant est déclaré pupille de l'Etat à titre provisoire et la tutelle est organisée à compter de ce moment (art. L. 224-6, al. 1^{er} C. act. soc et fam.)).

⁵ Art. L. 224-5, al. 1^{er} C. act. soc et fam. C'est également le cas pour les enfants orphelins. Seuls les mineurs confiés au service suite à une mesure judiciaire ne sont pas concernés. Lorsque les parents confient l'enfant à un OAA après avoir consenti à son adoption, un document atteste également qu'ils ont été correctement informés de leurs droits et obligations (art. R. 225-25 C. act. soc et fam.).

⁶ Les parents sont informés des dispositions du régime de tutelle des pupilles de l'Etat, des délais et conditions relatives à la restitution de l'enfant, notamment à propos de la rétractation du consentement à l'adoption (art. 1165 C.

élever eux-mêmes leurs enfants¹. Il peut s'agir d'une prestation familiale² ou d'une aide à domicile mise en œuvre par le service de l'ASE³, particulièrement si elle avait déjà été accordée à la femme enceinte⁴. Afin de renforcer les droits des parents, certaines dispositions relatives aux droits des familles dans leurs rapports avec l'ASE s'appliquent lors de la remise de l'enfant⁵ : accompagnement des parents dans leurs démarches par une personne de leur choix, information relative aux conséquences de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat sur leurs droits et obligations et ceux de l'enfant⁶ ou encore à propos des aides prévues pour assurer la protection de la famille et de l'enfance⁷.

Cet ensemble de règles paraît toutefois insuffisant⁸. L'article L. 224-5, alinéa deuxième du Code de l'action sociale et des familles n'oblige pas explicitement l'ASE à informer les parents des conséquences juridiques de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat au regard de l'article 352 du Code civil⁹. Il est tout de même permis de supposer que les parents en seront avertis puisqu'ils doivent être informés des modalités suivant lesquelles ils pourront reprendre l'enfant¹⁰. Par conséquent, tout dépend de la manière dont l'ASE assiste les familles. C'est en sens qu'il convient de développer une éthique dans l'accompagnement des parents, spécialement de la femme accouchée sous X qui bénéficie d'un soutien particulier.

496. L'accompagnement de la mère de naissance. – La décision d'accoucher dans le secret et anonymement est un choix strictement personnel et discrétionnaire. Elle ne dépend que de la volonté de la femme. Celle-ci peut néanmoins bénéficier d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'ASE à sa demande ou avec son accord¹¹. Lors

pr. civ.), de la possibilité de laisser toutes informations relatives aux origines du mineur (art. L. 224-5 C. act. soc et fam.). Si un OAA recueille l'enfant, les informations sont quasiment identiques (délais et conditions relatives à la restitution de l'enfant, conséquences du recueil et du placement en vue de l'adoption, possibilité de laisser toutes informations relatives aux origines du mineur (art. R. 225-25, al. 1^{er} C. act. soc et fam.)).

¹ Art. L. 224-5, al. 2, 1^o C. act. soc. et fam. (ASE) ; art. R. 225-25, al. 1^{er}, 1^o C. act. soc et fam. (OAA).

² Art. L. 511-1 C. séc. soc.

³ Art. L. 222-2 et L. 222-3 C. act. soc. et fam.

⁴ Art. L. 222-2, al. 2 et 3 C. act. soc. et fam.

⁵ Compte tenu des spécificités tenant au régime de protection des pupilles de l'Etat, les règles relatives aux articles L. 223-2, L. 223-3 (accord parental) et L. 223-5 (révision annuelle des mesures de protection) ne sont pas applicables selon l'article L. 223-6, alinéa premier, du Code de l'action sociale et des familles. Bien qu'il ne soit pas compris dans cette liste, l'article L. 223-3-1 ne devrait pas s'appliquer également (fixation judiciaire du droit de visite).

⁶ Art. L. 223-1 et R. 223-1, 2^o C. act. soc. et fam.

⁷ Art. R. 223-1, 1^o C. act. soc. et fam. Cela rejoint les dispositions de l'article L. 224-5, al. 2, 1^o du Code de l'action sociale et des familles.

⁸ En ce sens : TON NU LAN (A.), précité, *Dr. famille*, 2005, étude n° 11.

⁹ Cette information est impérative en cas de remise à un OAA (art. R. 225-25, al. 1^{er}, 3^o C. act. soc. et fam.).

¹⁰ Art. L. 224-5, al. 2, 1^o C. act. soc. et fam.

¹¹ Art. L. 222-2, al. 3 C. act. soc. et fam. Aucun accompagnement spécifique à destination des femmes les plus fragiles n'est toutefois prévu afin de protéger leur volonté d'accoucher sous X (Voir sur ce point : NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922 ; HAUSER (J.), « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.*, 1997, p. 98).

de son accueil à la maternité, il convient par ailleurs de lui rappeler précisément les aides dont elle peut disposer pour élever l'enfant. La femme se voit également remettre lors de l'accouchement, et au plus tard pendant son séjour dans l'établissement de santé, un document d'information à propos de l'accouchement sous X¹. Une attestation en double exemplaire est en outre établie pour justifier qu'elle a reçu les renseignements prévus à l'article L. 223-7 du Code de l'action sociale et des familles². Ce document précise aussi les objets que la mère a pu laisser à l'enfant. Le recueil de l'enfant né sous X donne matière à un formalisme particulier afin de garantir les droits de la mère et le droit de l'enfant de connaître ses origines à l'avenir³. Ces conditions de forme sont d'autant plus importantes que « *le choix d'accoucher sous X ne peut être implicite. Il implique une démarche de la femme concernée qui doit exprimer vouloir le secret de son identité* »⁴. L'effectivité de ces garanties dépend toutefois de la rencontre entre la mère et un représentant du CNAOP⁵ avisé de l'accouchement. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra lui faire prendre conscience des effets juridiques de son choix, lui transmettre les informations légales et recevoir les renseignements qu'elle souhaite laisser à l'enfant⁶. En effet, si le législateur ne souhaite pas nécessairement infléchir la décision de la femme de se séparer de l'enfant, il désire que la mère prenne conscience qu'à tout moment elle puisse renoncer à son droit au secret⁷, y compris après son décès. Un équilibre est donc recherché. De ce point de vue, le secret de l'identité ne s'apparente pas à un privilège pour la mère, quand bien même « *la demande d'accouchement sous X est totalement discrétionnaire* »⁸.

¹ Ce document comprend des informations relatives aux effets juridiques de la demande de secret, aux modalités de levée du secret, notamment à propos de la communication de l'identité (art. L. 147-2, 2° et L. 147-6 C. act. soc. et fam. (en cas de recueil par un OAA : art. R. 225-25, al. 2 C. act. soc. et fam.)), aux conséquences du choix de la femme en matière de filiation, particulièrement si elle souhaite se rétracter et reprendre l'enfant, au rôle du CNAOP et enfin, à la nature des renseignements qu'elle peut laisser à destination du mineur compte tenu l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire (art. R. 147-22 C. act. soc. et fam.).

² Art. R. 147-23 C. act. soc. et fam. Cette attestation comporte la mention qu'elle a demandé expressément le secret de son identité et qu'elle a été invitée à laisser son identité sous pli fermé, ainsi qu'elle s'est vue remettre le document d'information et un modèle de lettre de demande de restitution de l'enfant avec les coordonnées du service correspondant (Arr. du 14 février 2005 fixant le modèle du document établi en application de l'article 23 du décret n° 2002-781 du 3 mai 2002 relatif au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et à l'accompagnement et l'information des femmes accouchant dans le secret, *JO*, 3 mars 2005, p. 3740).

³ Les mêmes garanties semblent s'appliquer si l'enfant né sous X est remis à un OAA par sa mère de naissance (art. R. 225-25 C. act. soc. et fam.).

⁴ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 27.

⁵ C'est le représentant du CNAOP dans le département qui reçoit le pli fermé et est chargé de mettre en œuvre l'accompagnement psychologique et social dont peut bénéficier la femme (art. L. 223-7 C. act. soc. et fam.).

⁶ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 181. Egalement : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189.

⁷ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 180.

⁸ NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922.

497. Accouchement secret et anonyme et identité de la mère. – Lors de la naissance, la femme qui accouche sous X est invitée, si elle l’accepte, à laisser son identité sous pli fermé. Si elle refuse de laisser cette information, il lui est précisé qu’elle peut accomplir cette démarche à tout moment¹. Dans le pli cacheté, elle peut également désigner l’identité de la personne qui est l’auteur de l’enfant² sans que celle-ci n’en soit informée. Le représentant du CNAOP ne dispose d’aucun moyen pour vérifier l’identité de la femme accouchée. Il n’est exigé aucune pièce d’identité et aucune enquête ne peut être réalisée³. La femme accouchée dans le secret et anonymement peut donc donner une fausse identité, voire donner l’identité de la future mère sociale en cas de maternité de substitution puisque un contrôle *a priori* n’est pas possible⁴. A défaut d’obtenir l’identité de la mère, le mineur peut toujours avoir accès à des renseignements non identifiants si la femme accepte de laisser de telles informations.

498. Accouchement secret et anonyme et renseignements non identifiants. – En 2002⁵, le législateur a différencié le recueil de l’identité des renseignements qui ne permettent pas d’identifier les parents de naissance. Cette distinction a pour objet d’atténuer les conséquences de l’accouchement sous X et de l’abandon implicite qu’il implique pour l’enfant, en lui permettant d’accéder à des renseignements relatifs à origines⁶. Pour ce faire, « *peu importe la technique, c’est le résultat qui compte. Il suffit que soient conservées des informations sur les auteurs de l’enfant* »⁷, même si la collecte de ces informations peut présenter un risque. En effet, toute vérité n’est pas bonne à dire⁸. Si elle l’accepte lors de la naissance, la femme est invitée à laisser des informations non identifiantes⁹. Elle est également informée qu’elle peut compléter, à tout moment, les renseignements qu’elle a donnés au cours de l’accouchement. Il n’existe donc

¹ Art. L. 222-6 C. act. soc. et fam. C’est également le cas si l’enfant est recueilli par un OAA (art. R. 225-25, al. 2 C. act. soc. et fam.).

² Art. L. 147-5 C. act. soc. et fam.

³ Art. L. 222-6, al. 4, C. act. soc. et fam.

⁴ En outre, lorsque la mère de naissance décide de confier l’enfant à un OAA, le recueil d’information peut à sa demande se faire en présence de la personne de l’OAA qui l’accompagne (art. R. 225-25, al. 2 C. act. soc. et fam.). Celle-ci pourrait donc orienter les réponses fournies par la mère biologique et contrôler les informations qu’elle donne afin de s’assurer du bon déroulement de la maternité de substitution, notamment en vérifiant qu’elle ne se ravise pas.

⁵ L. n° 2002-93 précitée.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, comm. n° 120. Egalement : CORPART-OULERICH (I.), précité, *RDSS*, 1994, p. 1.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189. *A priori*, ces informations ne sont pas recueillies sous un pli secret. L’article L. 222-6 du Code de l’action sociale et des familles ne prévoit que la consignation de l’identité de la mère de naissance sous pli secret, seul moyen de garantir son droit. L’article L. 224-5 du Code de l’action sociale et des familles n’énonce également pas les formes dans lesquelles les renseignements non identifiants doivent être laissés.

⁸ CORPART-OULERICH (I.), précité, *RDSS*, 1994, p. 1. Egalement : NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189.

⁹ Art. L. 222-6, al. 1^{er} C. act. soc. et fam. Ces informations sont de tout ordre : santé ; âge ; situation matrimoniale et/ou familiale ; aspect physique ; situation du père ; origines géographiques, culturelles ou sociales ; circonstances de la naissance et de la remise ; raisons de l’abandon ; difficultés rencontrées.

aucune obligation légale puisque la mère est libre de laisser de tels éléments pour l'enfant ainsi que de choisir ceux qu'elle souhaite donner¹. Elle jouit d'un avantage exceptionnel, car sa volonté de ne pas être identifiée l'emporte sur le souhait de l'enfant d'accéder à ses origines². Elle peut décider de le maintenir dans l'ignorance pour préserver le secret autour de sa grossesse.

499. Accouchement secret et anonyme et boîtes à bébé. – L'accouchement sous X semble plus respectueux des droits de l'enfant que les boîtes à bébé utilisées dans certains Etats, notamment européens³. Avec ces dernières, il est impossible de savoir qui a déposé le nouveau-né. Ce procédé crée un obstacle de fait insurmontable à l'accès aux origines puisque l'enfant n'aura même pas accès à des renseignements non identifiants. Il est même certain qu'il ne connaîtra jamais l'identité de ses parents de naissance, sauf si ceux-ci reviennent sur leur décision. La pratique moderne des tours garantit en réalité aux « *femmes qui y ont recours, [...], un secret total et définitif puisqu'elles y abandonnent l'enfant* » « sans nom, sans question, sans sanction »⁴. En outre, la volonté de la femme n'est pas protégée étant donné que l'enfant peut être remis par un tiers, ce qui empêche tout accompagnement parental. La famille de naissance est donc complètement occultée par le système des boîtes à bébé et aucun équilibre entre les droits en présence n'est recherché. L'accouchement secret et anonyme paraît donc plus acceptable tant sur le plan éthique que légal. La loi allemande a ainsi instauré un accouchement confidentiel afin de lutter contre les boîtes à bébé réapparues dans les années 2000, mais qui devraient disparaître⁵.

Cette loi pour le développement des aides pour les femmes enceintes et pour la régulation des naissances confidentielles est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014. En droit allemand, le refus de maternité était jusqu'à présent considéré comme inconstitutionnel, en ce qu'il ne respectait pas la Loi fondamentale, dont l'article 2 qui garantit à l'enfant l'accès à ses origines et l'article 6 qui accorde au mineur le droit d'entretenir des relations avec ses parents, même contre leur gré, et d'être élevé et éduqué par eux⁶. De ce point de vue, la loi allemande sur l'accouchement confidentiel « *est réellement révolutionnaire* »⁷. Elle autorise l'abandon du nouveau-né non désiré

¹ Dans l'hypothèse d'une remise volontaire de l'enfant dont la filiation est établie et connue, ses parents peuvent également laisser tous renseignements sur leur santé, les origines de l'enfant et les circonstances de sa remise au service de l'ASE (art. L. 224-5, al. 2, 4^o C. act. soc. et fam.).

² En ce sens : MALLET-BRICOUT (B.), précité, *JCP G.*, 2002, I, 119.

³ Par exemple : Pologne, Italie, Suisse.

⁴ NEIRINCK (C.), « Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français », *Dr. famille*, 2014, repère n^o 5.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n^o 5. Sur les boîtes à bébé, voir également : FRANK (R.), « Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 111.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n^o 5.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n^o 5.

par sa mère de naissance, ce qui permet d'écarter provisoirement la réalité de l'accouchement qui désigne juridiquement la mère¹. L'accouchement confidentiel allemand est différent de l'accouchement secret et anonyme français. Dans le cadre de la loi allemande, la femme bénéficie également d'un accompagnement psycho-social, mais elle ne peut pas refuser de donner son identité. Le centre de consultation qui l'accompagne doit vérifier l'identité réelle de la parturiente, sa date de naissance et son adresse. Ces informations sont conservées dans une enveloppe scellée, qui comporte le pseudonyme qu'elle s'est choisie ainsi que les nom et prénoms de l'enfant, et transmise à l'Office fédéral pour la famille et les affaires civiles et sociales. A l'âge de seize ans, l'enfant né dans la confidentialité a le droit d'accéder aux informations que contient l'enveloppe scellée. C'est un véritable droit d'accès à ses origines. En effet, ces informations existent dans tous les cas d'accouchements confidentiels, car la mère de naissance ne dispose pas d'une faculté de choix. Elles sont en outre complètes et fiables². La mère accouchée confidentiellement peut cependant s'opposer explicitement à ce que l'enfant ait accès à ces informations. Pour cela, elle doit attendre les quinze ans du mineur. Ce dernier « *peut alors faire valoir son droit d'accès à ses origines dans le cadre d'une procédure judiciaire* »³ au sein de laquelle la femme ne sera ni présente ni représentée. C'est donc le juge qui arbitre entre l'intérêt de l'enfant à connaître « *sa filiation de naissance* »⁴ et l'intérêt de la mère à demeurer anonyme. L'accouchement confidentiel allemand est dès lors différent de l'accouchement sous X français, car ce dernier donne tout pouvoir à la mère de naissance, au contraire du premier qui semble davantage être le fruit d'un compromis. En Allemagne, la volition de la mère de naissance ne lui permet pas de disparaître définitivement sans justification. Pour autant, la femme aura-t-elle recours à cet accouchement confidentiel ou déposera-t-elle l'enfant dans une boîte à bébé, dont l'utilisation n'a toujours pas été arrêtée ? Cette loi suffira-t-elle à changer les pratiques ou favorisera-t-elle des délaissements de mineurs dans un lieu quelconque ?

b/ Le consentement à l'adoption de l'enfant non désiré

500. Le consentement à l'adoption par les parents d'origine. – Les parents d'origine ou l'un d'entre eux seulement doivent être invités à consentir à l'adoption de l'enfant lors de sa

¹ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 5.

² NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 5.

³ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 5.

⁴ MURAT (P.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 67.

remise volontaire à l'ASE¹. C'est un élément important de la procédure. « *Le droit de consentir à l'adoption d'un enfant mineur constitue une prérogative importante de l'autorité parentale* » qui « *ne dépend pas de l'exercice effectif de cette autorité mais est attachée à la qualité de l'auteur de l'enfant* »². Ce consentement à l'adoption permet de vérifier que les parents souhaitent réellement refuser l'enfant³, afin notamment de lui donner une protection efficace et permanente. En principe, les deux parents doivent consentir à l'adoption. C'est pourquoi celui des parents qui ne remet pas le mineur à l'ASE dispose d'un délai de six mois pour se manifester et éventuellement donner son consentement⁴, mais encore faut-il que sa filiation soit établie à l'égard de l'enfant. En effet, si l'enfant n'a de filiation qu'à l'égard d'un seul de ses auteurs, celui-ci consent à l'adoption⁵ puisqu'il est seul investi de l'autorité parentale. Par conséquent, l'autre parent devra reconnaître l'enfant pour consentir à l'adoption étant donné qu'il n'existe aucun lien légal entre eux en l'absence de filiation établie⁶.

501. Le consentement à l'adoption par les parents de naissance. – La mère accouchée dans le secret et anonymement n'a pas à consentir à l'adoption au moment du recueil de l'enfant par l'ASE⁷. En effet, si l'enfant est admis en qualité de pupille de l'Etat suite à un accouchement sous X⁸, il n'a pas de filiation établie ou connue avec sa mère, sauf à ce qu'elle procède à sa reconnaissance. En l'absence de filiation maternelle établie, la femme ne peut pas consentir à l'adoption⁹ et ce d'autant plus qu'elle ne remet pas l'enfant à l'ASE¹⁰. C'est donc le conseil de famille des pupilles de l'Etat qui donnera le consentement à l'adoption¹¹. Cette solution est appliquée avec vigueur par la Cour de cassation¹² qui considère même que la fourniture par l'ASE de renseignements erronés sur les droits de la mère n'a pas d'incidence sur l'adoptabilité de l'enfant, devenu pupille de l'Etat en l'absence de lien de filiation¹³. Sur ce dernier point, la Cour européenne des Droits de l'Homme a par ailleurs estimé que les informations données à la

¹ Art L. 224-5, al. 3 C. act. soc. et fam. Ce texte reprend en miroir les dispositions de l'article 348 du Code civil.

² EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 103.

³ Le consentement est donné à l'ASE (art. 348-3 C. civ.) et porté sur le procès-verbal d'admission (art. L. 224-5, *in fine* C. act. soc. et fam.). En cas de remise à un OAA, il est donné devant notaire (art. 348-3, al. 1^{er} C. civ.).

⁴ Art. L. 224-4, 3^o, C. act. soc. et fam.

⁵ Art. 348-1 C. civ.

⁶ CA Paris, 9 novembre 1990, *D.*, 1991, IR, p. 5.

⁷ *A fortiori*, c'est aussi le cas si l'enfant est remis à un OAA (*supra*, § 490).

⁸ Art. L. 224-4, 1^o C. act. soc. et fam.

⁹ Le dernier alinéa de l'article L. 224-5 du Code de l'action sociale et des familles ne s'applique donc pas.

¹⁰ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 114.

¹¹ Art. 349 C. civ. Voir également : art. R. 224-18, 2^o, C. act. soc. et fam.

¹² Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 368 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 107.

¹³ Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 107.

parturiente étaient suffisantes pour protéger son consentement¹. Autrement dit, l'accouchement sous X neutralise les vices du consentement même si la gravité de cette procédure suppose un consentement non vicié². Dès lors, si la femme veut consentir à l'adoption, elle devra créer un lien de filiation avec l'enfant mais à condition qu'il n'est pas été placé en vue de l'adoption³. C'est aussi à cette condition qu'elle pourra obtenir la restitution de l'enfant.

Cette solution n'est pas sans poser de difficultés à l'égard du père de naissance. Ce dernier peut procéder à une reconnaissance prénatale de l'enfant, ce qui entraîne l'établissement du lien de filiation à l'égard du mineur à compter de sa naissance. Dans ce cas, il doit nécessairement consentir à l'adoption du mineur. C'est le sens de l'arrêt « Benjamin » rendu par la Cour de cassation le 7 avril 2006⁴. Ce n'est que si le père identifie et reconnaît l'enfant après sa naissance et postérieurement au consentement à l'adoption du conseil de famille des pupilles de l'Etat que le processus d'adoption peut se poursuivre sans le consentement paternel⁵. Au demeurant, s'il reconnaît l'enfant avant le consentement à l'adoption du conseil de famille des pupilles de l'Etat, il devrait pouvoir obtenir la restitution du mineur immédiatement et sans aucune formalité et cela, dans un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant par l'ASE. De ce point de vue, les propositions de modification de l'article L. 224-4, 1° et de l'alinéa deuxième de l'article L. 224-6 du Code de l'action sociale et des familles formulées précédemment permettraient de faciliter la réunion du mineur avec son père de naissance, qui a reconnu l'enfant préalablement à sa naissance ou après celle-ci⁶. De cette manière, le droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux sera davantage garanti.

c/ La restitution de l'enfant non désiré aux parents

502. La restitution aux parents d'origine. – La remise d'un enfant au service de l'ASE « *n'est pas irrémédiable, même si elle s'est accompagnée d'un consentement à l'adoption* »⁷. Les parents peuvent de manière discrétionnaire et prioritaire reprendre leur enfant immédiatement et sans aucune formalité dans les deux mois qui suivent la date à laquelle est établi le procès-verbal d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat à titre provisoire⁸. Ce délai est même porté

¹ Cour EDH, *Kearns c/ France* précité, § 90-91.

² GEFROY (C.), « Minorité – Tutelle des pupilles de l'Etat », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 411, fasc. 20, 2009, § 15. Egalement : HAUSER (J.), précité, *RTD civ.*, 1997, p. 98.

³ Art. 352, al. 1^{er} C. civ.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 195 ; *supra*. § 358.

⁵ *Supra*. § 359.

⁶ *Supra*. § 360 et s.

⁷ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 207.

⁸ Art. L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam.

à six mois pour celui des parents qui n'a pas consenti à la remise du mineur¹. Les parents peuvent également dans un délai de deux mois rétracter leur consentement à l'adoption². Pour cela, aucun formalisme n'est exigé, il suffit que soient identifiés l'enfant et le parent d'origine pour éviter toute fraude³. Ainsi, « *la remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation* »⁴. La restitution immédiate de l'enfant est donc une rétractation implicite du consentement à l'adoption. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » a émis l'idée que le service de l'ASE ait l'obligation d'informer le ou les parents qui reprennent l'enfant des mesures dont ils peuvent bénéficier et qu'il propose à ces derniers un accompagnement spécifique⁵. Des mesures d'assistance de la famille pourraient ainsi être mises en œuvre pour garantir la protection du mineur initialement non désiré par sa famille.

A l'expiration des délais de deux ou six mois, l'enfant est admis définitivement comme pupille de l'Etat et peut être placé en vue de l'adoption⁶. Malgré cela, les parents, qui n'ont pas rétracté leur consentement, peuvent toujours demander la restitution du mineur, sous réserve de l'application l'alinéa premier de l'article 352 du Code civil⁷. La restitution n'est alors pas de droit⁸, ce d'autant plus qu'il est permis de s'interroger sur les intentions et les capacités éducatives des parents. En cas de refus par la personne qui a recueilli l'enfant, les parents ont la possibilité de saisir le tribunal de grande instance qui pourra décider de la restitution en fonction de l'intérêt de l'enfant, apprécié souverainement⁹. Cette saisine par les parents n'est pas nécessairement immédiate, ce qui empêche le placement de l'enfant tant que la juridiction ne s'est pas prononcée sur le bien-fondé de la demande de restitution¹⁰. C'est la raison pour laquelle le tuteur du pupille a vraisemblablement qualité pour saisir le tribunal qui doit se prononcer à la

¹ C'est l'hypothèse où l'enfant est admis en qualité de pupille de l'Etat au titre du 3° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles.

² Art. 348-3, al. 2, C. civ. En outre, les personnes habilitées à recevoir un consentement à l'adoption doivent informer celui qui le donne de la possibilité de se rétracter et des modalités de la rétractation. Le service de l'ASE ou le notaire qui reçoit le consentement sont donc tenus d'informer les parents (Art. 1165 C. pr. civ.).

³ La rétractation se fait par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption, c'est-à-dire l'ASE. Lorsque l'enfant est confié à un OAA, celui-ci doit remettre aux parents un modèle de lettre de rétractation de leur consentement à l'adoption portant adresse à laquelle elle pourra être expédiée par voie recommandée avec demande d'avis de réception (art. R. 225-26 C. act. soc. et fam.). Les démarches des parents sont donc facilitées.

⁴ Art. 348-3, al. 2, *in fine* C. civ.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 103.

⁶ Art. 351 C. civ.

⁷ Art. L. 224-6, al. 3, C. act. soc. et fam. ; art. 348-3, al. 3, C. civ.

⁸ La décision de restituer l'enfant est prise par le tuteur (ou de la personne qui a recueilli l'enfant, notamment s'il est confié à un OAA (art. 348-3, al. 3, *in fine*, C. civ.)) avec l'accord du conseil de famille qui doit être réuni dans le délai d'un mois. Ce dernier peut entendre les parents qui le souhaitent (art. R. 224-25 C. act. soc. et fam.).

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 1984, *Bull. civ. I*, n° 334 – Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 357.

¹⁰ Art. 351, al. 3, C. civ.

requête de la partie la plus diligente. Il est effectivement impératif que l'enfant bénéficie rapidement d'une protection de remplacement¹.

503. La restitution aux parents de naissance. La mère accouchée dans le secret et anonymement est une étrangère pour son enfant². Elle ne peut ni l'abandonner ni consentir à son adoption. L'enfant est recueilli par l'ASE et non remis par sa mère³. Elle ne peut donc pas rétracter son consentement à l'adoption ou reprendre discrétionnairement l'enfant⁴ dans le délai de deux mois⁵, car l'enfant n'a pas de filiation établie⁶. En droit, elle n'a jamais accouché. Durant cette période, elle peut néanmoins établir un lien de filiation par le biais d'une reconnaissance⁷, afin d'obtenir la restitution de l'enfant⁸. De ce point de vue, la mère « *revient sur son refus de maternité* »⁹ et « *sur sa décision de garder son identité secrète* »¹⁰. Cela suppose que l'enfant n'ait pas été placé en vue de son adoption. En pratique, le mineur né sous X ne le sera qu'à l'expiration du délai de deux mois à compter de son recueil, étant donné qu'il n'a pas de filiation établie¹¹. La possibilité pour les parents de naissance de reprendre l'enfant est donc garantie efficacement durant ce délai de deux mois¹². Au demeurant, l'enfant n'est pas nécessairement placé en vue de l'adoption à la fin de ce délai de deux mois. Ce dernier n'est pas impératif. Dès lors, si le mineur n'est pas placé en vue de l'adoption durant ce délai, l'établissement de sa

¹ En ce sens : EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 215.

² Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 368 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 107.

³ C'est également le cas si un enfant est confié à un OAA.

⁴ Art. L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam.

⁵ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922.

⁶ L'article 348-3 du Code civil est inapplicable.

⁷ Art. 316 C. civ.

⁸ La reconnaissance de l'enfant pour établir la filiation constitue un impératif préalable à la restitution (LE BOURSICOT (M.-C.), « Du secret absolu au secret relatif », *AJ fam.*, 2003, p. 86). La mère de naissance se voit d'ailleurs remettre une lettre de demande de restitution de l'enfant afin de faciliter les démarches (*supra*, § 496). Celle-ci contient la mention qu'elle a reconnu l'enfant et la mère doit joindre à la lettre un document attestant de l'établissement de la filiation (Arr. du 14 février 2005 précité, *JO*, 3 mars 2005, p. 3740). Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose de renforcer l'accompagnement de la mère de naissance qui reprend son enfant après avoir accouché sous X (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 99 et 103). De cette manière, il serait possible de garantir la protection de l'enfant qui n'était à l'origine pas désiré par sa mère.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922.

¹⁰ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 215.

¹¹ Art. 351 C. civ. A ce moment, il est également admis à titre définitif en qualité de pupille de l'Etat.

¹² C'est la concordance des délais entre le Code de l'action sociale et des familles et le Code civil qui assure celle-ci. Pour certains auteurs, le placement en vue de l'adoption ne peut avoir lieu qu'à l'issue d'un délai de quatre mois après le recueil de l'enfant : deux mois à compter de l'admission provisoire de l'enfant (art. L. 224-6 C. act. soc. et fam.) et deux mois à partir de l'admission à titre définitive. En effet, le délai de l'article 351 du Code civil commencerait à courir au jour de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat à titre définitif et non à titre provisoire (POISSON-DROCOURT (E.), précité, *in op. cit.*, *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris : Economica, 2008, p. 811). Or, selon l'article L. 224-4, 1° du Code de l'action sociale et des familles, l'enfant est recueilli par l'ASE dès son admission à titre provisoire. Les délais de deux mois ne se cumulent donc pas. Ils se superposent puisqu'ils courent tous les deux à compter du recueil de l'enfant.

filiation avec ses parents biologiques entraînerait de plein droit sa restitution, l'alinéa premier de l'article 352 du Code civil ne s'appliquant pas. L'existence avérée de sa famille supprimerait son adoptabilité et sa qualité de pupille de l'Etat¹. A défaut de restitution, le parent de naissance pourra saisir le tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la remise du mineur². Compte tenu de ces exigences, il paraît cohérent de permettre au père de naissance d'établir sa filiation avec l'enfant dans un délai de six mois afin de pouvoir obtenir la restitution de l'enfant. Cela implique nécessairement de retarder la date à compter de laquelle le mineur est admis définitivement en qualité de pupille de l'Etat³, mais aussi de différer son placement en vue de l'adoption.

504. La conformité à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du délai de restitution de l'enfant. – La Cour de Strasbourg n'a pas jugé le délai de deux mois pour reprendre l'enfant contraire au droit de mener une vie familiale normale au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Pour la Cour européenne des Droits de l'Homme, il permet d'« *atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause* »⁴. Il donne à la mère la possibilité de réfléchir et de remettre en cause sa décision d'abandonner l'enfant⁵. Cet équilibre est par ailleurs renforcé par le fait que les parents peuvent demander la restitution de l'enfant au-delà de ce délai de deux mois, ce qui est susceptible de corriger d'éventuelles erreurs de l'ASE ou la rigueur des effets de l'accouchement sous X⁶.

Il convient cependant de rappeler que cette restitution n'est pas systématique après la fin du deuxième mois. Elle n'est envisageable que si l'enfant n'a pas été placé en vue de l'adoption à l'issue de la période de deux mois lorsqu'il n'a pas de filiation établie⁷. Dès lors, il conviendrait de ne placer l'enfant en vue d'adoption qu'à l'expiration d'un délai de trois mois⁸ : deux mois au titre des articles L. 224-6 du Code de l'action sociale et des familles et 351, alinéa deuxième du Code civil et trente jours au titre de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles,

¹ NEIRINCK (C.), « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH. A propos de CEDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04 », *RDSS*, 2008, p. 353 ; EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 217.

² *A fortiori*, cette solution s'applique lorsque l'enfant est remis à un OAA. L'organisme ne peut pas s'opposer à la restitution de l'enfant dès lors que la filiation est établie. Le mineur ayant une famille, il n'est plus nécessaire de lui trouver une famille de substitution. Dans le cas contraire, l'OAA commettrait le délit de soustraction de mineur (art. 227-8 C. pén.), notamment en cas de placement de l'enfant à l'étranger en vue de l'adoption, alors que les parents ont demandé à plusieurs reprises la restitution du mineur (Cass. crim., 24 mai 1982, *Bull. crim.*, n° 133).

³ *Supra*. § 360 et s.

⁴ Cour EDH, *Kearns c/ France* précité, § 83.

⁵ Cour EDH, *Kearns c/ France* précité, § 81 ; *contra*. pour un délai de 27 jours alors que la mère avait demandé un délai de réflexion et doutait de sa volonté d'abandonner l'enfant : Cour EDH, *Todorova c/ Italie* précité, § 80 et 83.

⁶ GEFROY (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 411, fasc. 20, 2009, § 63.

⁷ Art. 351, al. 2 et 352, al. 1^{er} C. civ. combinés.

⁸ Ce délai serait de sept mois si l'enfant a été remis par un seul de ses parents (art. L. 224-4, 3° C. act. soc. et fam.).

relatif au délai préfix¹ au cours duquel il est possible de contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Placer l'enfant en vue de son adoption avant l'expiration du délai de trente jours de l'article L. 224-8 du Code précité revient à priver la famille d'une voie de droit pour tenter d'obtenir la restitution du mineur. Les règles organisées au Code civil ne peuvent pas ignorer ce délai de contestation, au risque de créer des incertitudes dangereuses pour le mineur². Les conditions relatives à la contestation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille ont été réformées, mais le législateur n'a cependant pas clarifié le dispositif applicable. Au contraire, il tend à fragiliser la situation juridique du mineur en raison du caractère flottant du point de départ du délai de contestation de l'acte administratif, celui-ci dépendant de la notification de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat aux intéressés.

B/ La contestation de l'arrêté de l'admission en qualité de pupille de l'Etat

505. Le nouvel article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. – Suite à la décision n° 2012-268 QPC du Conseil constitutionnel, le législateur est intervenu pour réécrire les dispositions de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles abrogées à compter du 1^{er} janvier 2014³. La loi du 26 juillet 2013⁴ a corrigé les dispositions déclarées inconstitutionnelles en déterminant précisément les conditions de recevabilité du recours en annulation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat (1). Elle n'a cependant pas procédé à une réforme d'ensemble du dispositif, ce qui s'est notamment traduit par certaines approximations⁵ ou insuffisances dans la régulation du droit au refus de l'enfant (2).

1/ Les conditions de recevabilité

506. L'ultime voie de droit. – A l'expiration du délai de deux ou six mois suivant la remise ou le recueil de l'enfant par l'ASE, le mineur est définitivement admis comme pupille de l'Etat⁶. En effet, l'article L. 224-8, I du Code de l'action sociale et des familles dispose que

¹ Le délai préfix n'est susceptible ni de suspension, ni d'interruption. L'objet de ce délai est d'empêcher qu'une situation juridique de nature « conflictuelle » ne soit indéfiniment prolongée et demeure sans solution.

² En ce sens : MURAT (P.), précité, *in* BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17.

³ Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat], n° 2012-268 QPC, considérant n° 9.

⁴ L. n° 2013-673 précitée.

⁵ FAVIER (Y.), « Pupilles de l'Etat : une réforme en demi-teinte. A propos de la loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat », *RDSS*, 2013, p. 901.

⁶ EUDIER (F.), « Réforme de l'admission en qualité de pupille de l'Etat », *AJ fam.*, 2013, p. 462.

« l'enfant est admis en qualité de pupille de l'Etat par arrêté du président du conseil général pris soit après la date d'expiration des délais prévus aux 1° à 4° de l'article L. 224-4 en cas d'admission en application de ces mêmes 1° à 4° »¹. Cette situation n'est cependant pas irréversible. D'une part, tant que le délai légal prévu aux 1° à 4° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles courra, il sera impossible de placer l'enfant en vue d'une adoption². D'autre part, il est possible de former un recours à l'encontre de l'arrêté d'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat. C'est en ce sens que la voie de recours décrite à l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles constitue l'ultime voie de droit pour permettre à la famille biologique d'assurer la prise en charge du mineur. Elle intervient en dernier lieu afin de permettre à l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux³, ainsi que d'entretenir des relations personnelles avec ses aïeux⁴. Ces droits accordés au mineur « justifient le contrôle de l'opportunité de l'adoption qu'assure l'article L. 224-8 »⁵ du Code précité. En effet, le recours exercé contre l'arrêté d'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat constitue un moyen plus sûr et plus rapide pour faire échec au placement en vue de l'adoption⁶.

Le II de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles énumère les personnes qui ont qualité pour agir à l'encontre de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Il s'agit des parents de l'enfant, en l'absence de déclaration judiciaire d'abandon ou de retrait de l'autorité parentale⁷. Cette première catégorie vise les parents qui ont remis volontairement l'enfant à l'ASE et qui n'ont pas sollicité sa restitution dans un délai de deux ou de six mois⁸ à compter de la date du procès-verbal de recueil de l'enfant par le service départemental⁹. Il s'agit donc ici des père et mère entendus strictement¹⁰. La deuxième catégorie comprend les membres de la famille qui auront eu connaissance de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat¹¹. Alors que l'ancien article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles incluait les « alliés de l'enfant », la nouvelle disposition renvoie aux membres de la

¹ Si l'enfant est admis dans les conditions prévues aux 5° et 6° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles (retrait de l'autorité parentale et déclaration judiciaire d'abandon), il est pupille de l'Etat une fois le jugement passé en force de chose jugée.

² EUDIER (F.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 462.

³ Art. 7, § 1 CIDE.

⁴ Art. 371-4 C. civ.

⁵ NEIRINCK (C.), « Notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat : protection procédurale de la famille ou protection de l'adoptabilité de l'enfant ?, obs. sous L. n° 2013-673, 26 juill. 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat : JO 27 juill. 2013, p. 12556 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

⁶ GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat*, Doc. AN, XIV^{ème} législature, p. 28.

⁷ Art. L. 224-8, II, 1° C. act. soc. et fam.

⁸ Art. L. 224-4, 2° et 3° C. act. soc. et fam.

⁹ Art. L. 224-6, al. 2 C. act. soc. et fam.

¹⁰ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

¹¹ Art. L. 224-8, II, 2° C. act. soc. et fam.

famille. Cette référence permet de donner qualité pour agir à tous les ascendants et collatéraux de l'enfant, dès lors qu'un lien de filiation a été préalablement établi. Elle semble particulièrement intéresser les enfants dont la filiation est établie ou connue et qui ont été remis volontairement au service de l'ASE, à la différence de la troisième catégorie de personnes prévue au 3° de l'article L. 224-8, II. Celle-ci concerne les enfants sans filiation, et spécifiquement les enfants nés d'un accouchement secret et anonyme. Figure dans cette avant-dernière catégorie « *le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance, lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L. 224-4* ». Désormais, le père de naissance ou les membres de la famille de naissance disposent expressément du droit de contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat¹. L'existence d'un lien de filiation maternel n'est pas une condition à la recevabilité de leur recours. Autrement dit, « *le droit au secret conféré à la mère de naissance de l'enfant ne peut pas porter atteinte à l'intérêt de l'enfant et aux droits du père de naissance et des membres de la famille de naissance qui auront fait la preuve de l'existence d'un lien de fait avec l'enfant* »². Cette simplification procédurale est un élément essentiel de la régulation du désir d'enfant lorsque le mineur n'est pas désiré par sa mère, celle-ci ne détenant par ailleurs pas qualité pour agir sur ce fondement. En effet, elle peut facilement reconnaître l'enfant avant son placement en vue de l'adoption et obtenir sa restitution immédiate sans formalités³. Cette reconnaissance explicite d'une qualité pour agir aux membres de la famille de naissance est également fondamentale au regard de l'adoption⁴. Celle-ci a pour finalité de donner une famille à un enfant qui n'en a pas, ce qui n'est *a priori* pas le cas ici. Enfin, « *toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant* » peut également contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat⁵. Cette quatrième et dernière catégorie de personne ayant qualité pour agir comprend notamment les familles d'accueil de l'enfant qui souhaitent se voir confier l'enfant sans pour autant l'adopter⁶. Cette énumération des personnes disposant d'une qualité pour agir contre l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat est suffisamment étendue pour garantir le droit de l'enfant à une vie familiale et à être élevé par sa famille biologique. Elle comporte néanmoins une limite matérielle⁷. Il faut effectivement que les personnes visées soient identifiées, ce qui ne sera pas nécessairement envisageable pour les membres de la famille de naissance, en particulier le père de naissance, sauf à créer une

¹ En ce sens : EUDIER (F.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 462.

² EUDIER (F.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 462.

³ *Supra*. § 503 ; GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 30.

⁴ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

⁵ Art. L. 224-8, II, 4° C. act. soc. et fam.

⁶ GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 31.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

véritable obligation de recherche de la famille de naissance pour l'ASE¹. Il n'en demeure pas moins que l'article L. 224-8, II du Code de l'action sociale favorise l'exercice de cette voie de droit en reconnaissant incontestable aux membres de la famille de naissance, père et grands-parents spécialement, une qualité pour agir².

507. La recevabilité conditionnée de l'action en contestation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat. – Si le législateur a expressément reconnu à certains une qualité pour agir à l'encontre de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, celle-ci n'est toutefois pas suffisante. La recevabilité de l'action en annulation de l'acte administratif est conditionnée à la volonté du demandeur d'assumer la charge de l'enfant. Cette condition, qui n'est pas nouvelle³, résulte de l'article L. 224-8, II *in fine* du Code de l'action sociale et des familles. Elle tend à faire obstacle à des recours abusifs ayant pour unique objet d'empêcher le placement de l'enfant en vue de son adoption⁴. Si le tribunal de grande instance juge cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant, il prononcera l'annulation de l'arrêté d'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat et confiera l'enfant au demandeur, à charge pour ce dernier de requérir, le cas échéant, l'organisation de la tutelle, ou il lui délèguera les droits de l'autorité parentale. Cette alternative ne semble toutefois pas pouvoir être opposée au père de l'enfant, lequel aura nécessairement l'exercice de l'autorité parentale dès lors que la filiation à l'égard du mineur est établie. La juridiction de première instance peut également rejeter le recours. Dans ce cas, elle peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine⁵.

2/ L'incomplétude de l'information des proches de l'enfant

508. Point de départ du délai de recours et notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat. – Dans sa décision n° 2012-268 QPC, le Conseil constitutionnel a jugé, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, que « *le législateur ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce*

¹ *Supra.* § 360.

² NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

³ Anc. art. L. 224-8, al. 1^{er} C. act. soc. et fam.

⁴ GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, p. 26.

⁵ Art. L. 224-8, V C. act. soc. et fam.

recours »¹. Ainsi, le législateur n'a pas fait le choix d'une publication générale de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, car cette solution apparaissait disproportionnée². Il a été estimé qu'il ne fallait pas « ouvrir la voie à des recours non justifiés qui retarderaient le placement de l'enfant en vue de son adoption »³. Le législateur a donc retenu, à l'article L. 224-8, III du Code de l'action sociale et des familles, le principe d'une notification individuelle de l'arrêté aux personnes concernées⁴. En réalité, toutes les personnes énumérées à l'article L. 224-8, II du même Code ne bénéficient pas d'une notification de l'acte administratif, alors même que la loi leur a reconnu une qualité pour agir et qu'elles présentent *a priori* un lien étroit avec le mineur.

L'arrêté d'admission du mineur en qualité de pupille de l'Etat sera systématiquement notifié aux père et mère de l'enfant⁵, c'est-à-dire les parents dont la filiation est connue et établie. Le législateur a réservé « la notification aux hypothèses dans lesquelles les intéressés connaissent déjà la situation de l'enfant, ce qui restreint considérablement son utilité »⁶. Cette solution pragmatique est justifiée par le fait que le service de l'ASE n'a pas toujours la possibilité d'identifier les personnes proches de l'enfant. C'est la raison pour laquelle il semblait inenvisageable de mettre à la charge du Conseil général une notification automatique de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat⁷. Cela signifie que seules les personnes connues du service de l'ASE seront les destinataires de la notification. A l'inverse, les membres de la famille, le père de naissance ou les membres de la famille de la naissance ou toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant doivent avoir, avant la date de cet arrêté, manifesté un intérêt pour le mineur auprès de l'ASE⁸. Cette manifestation d'intérêt n'implique pas que les demandeurs à l'action s'engagent à prendre l'enfant, même si cela matérialise souvent le désir d'assurer la prise en charge future du mineur. Il suffit que les personnes démontrent un intérêt pour l'enfant, mais encore faut-il que le père de naissance ou le membre de la famille de naissance de l'enfant, c'est-à-dire en pratique les grands-parents de naissance, aient été informés

¹ Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC, considérant n° 9.

² GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 32.

³ PASQUET (I.), *Rapport n° 760 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat*, *Doc. Sénat*, 2012-2013, p. 22.

⁴ Cette notification, qui est faite par tout moyen permettant d'établir une date certaine de réception, mentionne les voies et délais de recours ainsi que la juridiction compétente. Elle précise que l'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant.

⁵ Art. L. 224-8, II, 1° C. act. soc. et fam.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

⁷ EUDIER (F.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 462. Egalement en ce sens : FAVIER (Y.), précité, *RDSS*, 2013, p. 901. Admettre le contraire aurait également été contraire à l'esprit de l'accouchement secret et anonyme.

⁸ Art. L. 224-8, III C. act. soc. et fam.

de l'accouchement secret et anonyme de la femme. En outre, cette manifestation d'intérêt doit avoir lieu dans les deux mois qui suivent le recueil de l'enfant à l'ASE en application du 1° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles, ce qui semble être un délai court. C'est pourquoi il paraîtrait cohérent d'allonger le délai suivant lequel l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat serait pris¹. Cela permettrait notamment à l'ASE de rechercher s'il existe une filiation paternelle connue et *a fortiori* établie².

La notification de l'arrêté d'admission ne constitue toutefois pas une condition de recevabilité du recours³. Les membres de la famille de naissance qui auront eu connaissance de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat pourront contester l'acte administratif, alors même qu'il ne leur aura pas été notifié. Aucun délai de forclusion ne peut leur être opposé. En effet, le IV de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles précise que le recours contre l'arrêté mentionné au I de cette disposition « *est formé, à peine de forclusion, devant le tribunal de grande instance dans un délai de trente jours à compter de la date de la réception de sa notification* »⁴. Il n'en demeure pas moins que le dispositif issu de la loi du 26 juillet 2013⁵ « *ne satisfait pas à l'exigence d'information des personnes proches de l'enfant mais ignorant sa situation* »⁶. Celles-ci ne peuvent pas valablement contester l'acte administratif, ce qui restreint l'exercice de leur action alors qu'une qualité pour agir leur a été expressément reconnue⁷. Le droit à un recours juridictionnel effectif semble atteint dans sa substance même, tant sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen que sur celui de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, tel qu'il est interprété par la Cour de Strasbourg⁸. En outre, l'enfant pourra être placé en vue de l'adoption alors que son père ou ses grands-parents de naissance n'auront pas eu la faculté d'exercer un recours à l'encontre de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Ces placements pourront dès lors être contestés, ce qui ne clarifiera pas la situation juridique du mineur.

¹ Art. L. 224-8, I C. act. soc. et fam.

² *Supra*. § 360.

³ GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, p. 35 ; EUDIER (F.), précité, *AJfam.*, 2013, p. 462 ; GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport* précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 73.

⁴ Bien qu'il s'agisse d'une décision administrative, la juridiction judiciaire est seule compétente (CE, sect., 11 juillet 1988, *Ministère des affaires sociales c/ Remadnia*, n° 89992 – T. confl., 7 octobre 1991, *Remadnia*, n° 02658 ; solution confirmée par l'article 1261-1 du Code de procédure civile).

⁵ L. n° 2013-673 précitée.

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

⁷ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.

⁸ Cour EDH, *Celice c/ France* précité, § 33.

509. L’incertitude du statut juridique de l’enfant suite à son admission en qualité de pupille de l’Etat. – Dans une espèce soumise au tribunal de grande instance d’Arras le 9 avril 2014¹, le père a appris l’existence de l’enfant un an après sa naissance, ce dernier étant né le 14 avril 2011 et admis en qualité de pupille de l’Etat par arrêté du président du Conseil général du 15 juin 2011. Sur le fondement de l’ancien article L. 224-8 du Code de l’action sociale et des familles, tel qu’interprété par la Cour de cassation le 9 avril 2013², la juridiction arrageoise a déclaré recevable la demande du père de naissance tendant à l’annulation de l’arrêté d’admission de l’enfant en qualité de pupille de l’Etat, alors même que l’adoption plénière de l’enfant a été prononcée le 18 janvier 2013. Par conséquent, si l’examen comparé des prélèvements biologiques ordonné par jugement avant dire droit révèle que le père de naissance est le père biologique de l’enfant, tous les actes pris en application de l’admission de l’enfant en qualité de pupille de l’Etat pourraient être remis en question, en particulier le jugement d’adoption. En effet, l’enfant ayant un père, celui-ci aurait dû *a fortiori* consentir à l’adoption sauf à admettre que l’article 352, alinéa premier du Code civil s’oppose à toute remise en cause de la situation juridique créée suite à l’admission de l’enfant en qualité de pupille de l’Etat.

Si cette solution n’a pas été rendue sous l’empire de la loi nouvelle, une telle situation aurait aujourd’hui vocation à se rencontrer. En effet, il est fort probable que les parents de naissance n’aient pas connaissance de l’enfant né sous X. L’existence de la famille de naissance étant inconnue du service de l’ASE, qui n’a pas à rechercher en droit positif si l’un des membres de cette dernière, en particulier le père, veut prendre en charge de l’enfant, il ne peut être procédé à aucune notification. Autrement dit, un recours pourrait être exercé à l’encontre de l’arrêté d’admission en qualité de pupille sans être encadré dans un quelconque délai, comme ce fut le cas dans l’espèce soumise à la juridiction du fond d’Arras. Un recours tardif pourrait dès lors être exercé, ce qui aboutirait à des conséquences identiques à celles évoquées dans l’affaire qu’a été amenée à connaître la juridiction arrageoise.

Les risques que présentent cette situation ont été pris en compte par le groupe de travail « Protection de l’enfance et adoption » qui propose de modifier l’article L. 224-8, II du Code de l’action sociale et des familles, afin de déclarer irrecevable le recours exercé contre l’arrêté d’admission de l’enfant en qualité de pupille de l’Etat exercé après le placement en vue de l’adoption³. Cet obstacle de droit serait donc explicitement inséré dans la lettre de l’article L. 224-

¹ TGI Arras, 9 avril 2014, RG n° 13/01692.

² Cass. civ. 1^{ère}., 9 avril 2013, n° 11-27.071 ; *Bull. civ.* I, n° 66.

³ GOUTTENNOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 73-74.

8, II du Code précité, ce qui consacrerait en droit positif une solution déjà admise¹. Cette proposition présente le mérite de stabiliser le statut juridique de l'enfant né sous X, qui ne serait *a fortiori* plus remis en cause trois mois après son recueil par l'ASE au titre de l'article L. 224-4, 1^o du Code de l'action sociale et des familles², c'est-à-dire deux mois au titre de l'article 351, alinéa deuxième du Code civil et de l'alinéa deuxième de l'article L. 224-6 du Code de l'action sociale et des familles³ et trente jours sur le fondement de l'article L. 224-8 du même Code, à compter du jour où l'acte administratif a été pris par le président du Conseil général et en l'absence de toute notification de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Or, ce délai de trois mois semble particulièrement court⁴, ce d'autant plus si l'enfant est immédiatement placé en vue de son adoption à l'expiration de celui-ci. Le droit à un recours juridictionnel effectif, à un procès équitable et surtout le droit au respect de la vie familiale ne semblent donc pas garantis. De même, le droit de l'enfant à connaître ses parents de naissance ne paraît pas non plus assuré par cette proposition de droit prospectif.

510. Sécuriser le statut juridique du mineur par la création d'un délai butoir. – Une autre solution pourrait être envisagée afin de stabiliser la situation juridique du mineur né sous X. Elle consisterait en la création d'un délai butoir afin de limiter dans le temps les possibilités de contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat. Cela éviterait des recours tardifs en raison de la trop grande subjectivité que fait naître l'exigence de notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat. Le IV de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles pourrait être rédigé en ce sens : « le recours contre l'arrêté mentionné au I est formé, à peine de forclusion, devant le tribunal de grande instance dans un délai de trente jours à compter de la date de la réception de sa notification. La réception de la notification de l'arrêté mentionné au I ne peut avoir pour effet de porter le délai de forclusion au-delà de six mois à compter du jour où cet arrêté a été pris par le président du Conseil général ».

Cette solution permettrait de préserver la sécurité juridique et la paix sociale en évitant que des recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat puissent être indéfiniment introduits. Elle semble aussi davantage ménager les droits des parents de naissance et de l'enfant, puisque l'impossibilité de contester l'acte administratif ne serait pas la

¹ GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, p. 35.

² En ce sens : GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, p. 37.

³ Il s'agit du délai de restitution qui permet à la mère de naissance, et *a fortiori* à tout membre de la famille de naissance, de reprendre l'enfant sans formalité et immédiatement.

⁴ Lors des travaux préparatoires, ce délai de trois mois minimum a été jugé suffisant pour permettre le cas échéant une prise en charge par la famille d'origine ou de naissance (GOURJADE (L.), *Rapport n° 1224* précité, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, p. 13). Il est porté à sept mois si l'enfant est confié par un seul de ses parents (art. L. 224-4, 3^o C. act. soc. et fam.).

conséquence d'une décision prise par le conseil de famille des pupilles de l'Etat relativement au placement en vue de l'adoption, laquelle présente nécessairement une part de subjectivité. La décision de placer l'enfant en vue d'une adoption peut effectivement intervenir rapidement si telle est la volonté de l'ASE. Au contraire, avec cette proposition, l'irrecevabilité du recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat dépendrait uniquement d'un élément objectif, bien qu'il soit possible d'objecter que l'écoulement du temps ne doit pas conditionner l'existence des liens familiaux¹. Il n'en demeure pas moins que cette solution prospective paraît préserver un équilibre entre les intérêts en présence, car l'adoption éventuelle de l'enfant ne serait reporté que de six mois, voire un an s'il est mis à la charge de l'ASE une obligation de rechercher l'existence du père de naissance dans un délai de six mois à compter du recueil². Or dans ce cas, l'enfant ne deviendrait adoptable et ne pourrait être placé en vue d'une adoption qu'à l'expiration d'un délai d'un an, ce qui correspond en pratique au délai qui permet de prononcer une déclaration judiciaire d'abandon de l'enfant en cas de désintérêt manifeste des parents³. De ce point de vue, il serait possible de considérer l'enfant comme étant délaissé par sa famille de naissance. Une cohérence législative serait alors garantie, tout en permettant un équilibre entre la protection procédurale de la famille de naissance et la protection de l'adoptabilité de l'enfant qui a droit à une famille de remplacement conformément à l'article 20, § 3 de la CIDE.

§ 2/ La relativité du droit de l'enfant de connaître ses origines en cas d'accouchement secret et anonyme

511. Le droit à la connaissance de ses origines : un élément du droit à la vie privée et familiale. – L'article 7, § 1 de la CIDE constitue le fondement du droit de l'enfant à accéder à ses origines. Ce droit est également inclus dans la notion de vie privée et familiale, qui suppose que chaque individu ait la possibilité d'établir les éléments qui composent son identité d'être humain. Le droit pour un individu de connaître ces informations paraît donc fondamental, car cela aura des incidences sur sa personnalité⁴. La notion de vie privée et familiale, visée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales comprend, outre l'intégrité physique et psychologique de la personne, les aspects de son identité

¹ Cour EDH, *W. c/ Royaume-Uni* précité, § 65 – Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 45

² Dans ce cadre, la proposition de Monsieur Yann FAVIER de créer à l'article 353-3 du Code civil un cas de tierce opposition pour dol ou fraude imputable à l'ASE (FAVIER (Y.), précité, *RDSS*, 2013, p. 901) pourrait consolider l'obligation mise à la charge de ce service de rechercher le père de naissance pendant un délai de six mois (*supra*, § 360).

³ Art. 350 C. civ.

⁴ Cour EDH, *Gaskin c/ Royaume-Uni* précité, § 49 – Cour EDH, *Mikulic c/ Croatie* précité, § 54. En ce sens : MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.

physique et sociale¹ et notamment l'identité des personnes à l'origine de sa conception. En d'autres termes, le droit de connaître son ascendance participe à l'effectivité du droit au respect la vie privée et familiale². Les limitations apportées au secret entourant la naissance de l'enfant né sous X ne garantissent toutefois pas un droit absolu à la connaissance des origines (A). En effet, si la mère ne dispose pas d'un droit subjectif absolu en raison du conflit d'intérêt en présence, il est nécessaire d'admettre que le législateur a fait le choix de respecter la volonté d'anonymat de la mère au détriment du droit de l'enfant à connaître ses origines³. Cela suppose donc de s'interroger sur la pertinence d'une éventuelle suppression de la préférence accordée à la volition de la mère, qui dispose concrètement d'un véritable droit discrétionnaire en la matière⁴ (B).

A/ Les limitations apportées au droit au secret de la mère

512. L'accès aux origines : une compensation du droit au refus de l'enfant. – Le droit de connaître ses origines personnelles ne consiste pas en un droit à l'établissement de la filiation de naissance⁵. L'enfant ne peut accéder qu'à des informations concernant l'identité de sa mère de naissance si celles-ci existent⁶. En réalité, il s'agit plutôt d'un droit de rechercher ses origines que d'un droit à les connaître⁷. Si des modifications substantielles ont été apportées au dispositif existant par la loi du 22 janvier 2002⁸, le secret de la naissance a été maintenu. « *L'accès à l'identification des ascendants n'est nullement garanti* », d'autant que « *le nouveau dispositif privilégie les renseignements qui ne portent pas atteinte leur identité* »⁹. Au demeurant, l'accès aux origines personnelles semble avoir été facilité afin d'optimiser la régulation du droit au refus de l'enfant. Le législateur a organisé le passage d'un secret absolu à un secret relatif¹⁰ en modifiant d'une part, le domaine du secret (1) et d'autre part, les cas de révélation du secret (2).

¹ Cour EDH, *Mikulic c/ Croatie* précité, § 53.

² Cour EDH, *Mikulic c/ Croatie* précité, § 54 – Cour EDH, gr. ch., *Odièvre c/ France* précité, § 29 – Cour EDH, *Jäggi c/ Suisse* précité, § 37 – Cour EDH, *Pascaud c/ France* précité, § 48 et 59 – Cour EDH, *Godelli c/ Italie* précité, § 45.

³ MURAT (P.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 67.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, in SÉRIAUX (A.), [ss. dir.], *op. cit.*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 29.

⁵ Art. L. 147-7 C. act. soc. et fam.

⁶ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 172.

⁷ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 172.

⁸ L. n° 2002-93 précitée.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189.

¹⁰ LE BOURSICOT (M.-C.), précité, *AJfam.*, 2003, p. 86. Egalement : CORPART-OULERICH (I.), précité, *RDSS*, 1994, p. 1.

1/ Le champ d'application du secret

513. Un secret limité à l'accouchement secret et anonyme. – Depuis la loi du 22 janvier 2002¹, le droit au secret est uniquement circonscrit à l'hypothèse de l'accouchement secret et anonyme², organisé aux articles L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles et 326 du Code civil. Ce n'est que dans ce cas que le secret est garanti car en accouchant de manière secrète et anonyme, la mère de naissance de l'enfant a voulu que celui-ci ne puisse jamais être rattaché juridiquement à elle. Le mineur est né d'une femme qui n'a jamais accouché selon la loi³. A l'inverse, les parents qui remettent leur enfant au service de l'ASE ne peuvent plus demander le secret de leur identité lors de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat⁴. L'ancien article L. 224-5, alinéa deuxième, 4° du Code de l'action sociale et des familles permettait aux parents, qui remettait l'enfant à l'ASE, de demander le secret de leur identité et de donner des renseignements ne portant pas atteinte à ce secret. La portée de la demande de secret au moment de la remise avait déjà été restreinte, en 1996, aux enfants âgés de moins d'un an⁵. Cette possibilité a été supprimée en 2002⁶ en raison des reproches qui lui étaient faits⁷.

514. Les conséquences du recul du secret. – L'analogie entre la remise de l'enfant à l'ASE par ses parents sur le fondement des 2° et 3° de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles et l'accouchement secret et anonyme des articles L. 222-6 du même Code et 326 du Code civil n'est aujourd'hui plus possible. La mère de naissance, et *a fortiori* le père de naissance si tous les deux sont d'accord sur le principe d'un accouchement sous X, n'ont plus le choix. S'ils ne veulent pas assumer la charge de l'enfant, la femme devra impérativement recourir à un accouchement anonyme et secret et demander à bénéficier de cette faculté avant la naissance de l'enfant. En dehors de cette procédure, ils ne peuvent plus exiger le secret. La mention de la filiation maternelle de l'enfant et celle du nom de famille de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant recueilli dès sa naissance par le service de l'ASE sera donc obligatoire⁸. La loi du 22

¹ L. n° 2002-93 précitée.

² Le maintien de l'accouchement anonyme était une des propositions de la commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 58 et s., sp. p. 61). Il est aujourd'hui remis en cause (*infra*. § 532).

³ CA Riom, 16 décembre 1997, Jurisdata n° 1997-990084.

⁴ Art. L. 224-4, 2° et 3° et L. 224-5, 4°, C. act. soc et fam.

⁵ L. n° 96-604 précitée.

⁶ L. n° 2002-93 2002 précitée.

⁷ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 63. Egalement : THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Odile Jacob, *Doc. fr.*, 1998, p. 180 ; NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189.

⁸ En ce sens : CA Besançon, 25 avril 2003, Jurisdata n° 2003-224129. Egalement : TGI Nantes, 22 janvier 2004, *D.*, 2005, pan., p. 1748, obs. GRANET-LAMBRECHTS (F.). Si l'homme et la femme sont mariés, le jeu de la présomption

janvier 2002¹ a donc supprimé « une procédure qui permettait à la mère de ne pas anticiper son refus de l'enfant, le secret sur l'identité n'étant demandé qu'au moment de l'abandon »², mais encore faut-il que l'acte de naissance de l'enfant mentionne le nom du ou des parents.

515. L'existence d'un secret atténué. – L'article 311-25 du Code civil énonce que « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant »³. *A contrario*, si le nom de famille de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant, la filiation maternelle n'est pas établie par l'effet de la loi. C'est en ce sens qu'il s'agit d'un secret atténué, étant donné que « ce premier silence dans les actes de l'état civil peut être renforcé par la demande de la femme »⁴ d'accoucher anonymement et secrètement. L'absence de nom dans l'acte de naissance ne permet pas à l'enfant de connaître sa mère biologique, et *a fortiori*, son père biologique. Leur identité n'est toutefois pas protégée efficacement par le secret. Il n'existe aucune demande explicite en ce sens.

La mention du nom de la mère, mais également du père, dans l'acte de naissance n'est pas obligatoire selon l'article 57 du Code civil. L'identité du parent peut donc être connue puisque le secret n'a pas été demandé. En refusant de faire figurer son nom dans l'acte de naissance, le parent n'établit néanmoins aucun lien de filiation à l'égard de l'enfant. Par conséquent, la femme qui accouche peut refuser, sans demander le bénéfice des articles 326 du Code civil et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, que son nom de famille apparaisse dans l'acte de naissance de l'enfant. A l'exigence d'une manifestation positive de volonté de la mère d'accoucher sous X, est substituée une exigence négative. Son nom sera inscrit sur l'acte de naissance à moins qu'elle exprime une volonté contraire⁵. C'est la raison pour laquelle la distinction de l'article L. 224-4, 1° du Code de l'action sociale et des familles a été maintenue. Outre les enfants dont la filiation est inconnue, soit parce qu'ils ont été trouvés, soit parce qu'ils sont nés d'un accouchement secret et anonyme, il existe des enfants dont la filiation n'est pas établie, c'est-à-dire ceux dont l'identité des parents est connue sans que la filiation n'ait été

de paternité entraîne la dévolution du nom de famille paternel (art. 311-21, al. 1^{er} C. civ.). L'enfant dispose effectivement d'une filiation maternelle et paternelle établie concomitamment. Dans le cas contraire, ce sera le nom de famille maternel qui sera porté sur l'acte de naissance de l'enfant étant donné que la filiation de ce dernier ne sera pas établie simultanément à l'égard de ses parents (art. 321, al. 1^{er} C. civ. et 311-22, al. 1^{er} C. civ.).

¹ L. n° 2002-93 précitée.

² NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189.

³ Dès lors que la mère est désignée en cette qualité dans l'acte de naissance de l'enfant, la filiation maternelle est légalement établie à l'égard du mineur, même s'il a été abandonné à la naissance (Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *RTD civ.*, 2011, p. 114, note HAUSER (J.) ; *RLDC*, 2011/79, n° 4139, obs. GALLOIS (J.) ; également : Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 73).

⁴ MURAT (P.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17. Dans le même sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 283.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 283.

établie¹. Cette expression d'une volonté négative est toutefois aléatoire, car la femme qui accouche n'a souvent pas la maîtrise de la déclaration de naissance². Cette hypothèse de secret atténué autorise toutefois les parents à procéder à une reconnaissance de l'enfant par la suite ou le mineur à intenter une action en recherche de paternité ou de maternité.

2/ La mise en œuvre du droit à la connaissance de ses origines

516. La consécration législative du droit d'accéder aux origines. – La loi du 22 janvier 2002³ a organisé la procédure d'accès aux origines personnelles. Dans certaines circonstances et sous certaines conditions, l'enfant non désiré par sa mère de naissance peut avoir accès aux informations relatives à son histoire. Le CNAOP a par ailleurs été créé à cet effet⁴. Il constitue un relais entre les parents de naissance qui demandent le secret de leur identité et l'enfant qui cherche à découvrir son passé. Cette concrétisation législative du droit à la connaissance de ses origines a corrélativement entraîné l'affirmation d'un principe selon lequel le droit d'accéder aux origines pour l'enfant ne constitue pas un droit à l'établissement d'une filiation⁵, particulièrement en cas de demande de secret des parents de naissance (a). A cet égard, l'enfant demeure la victime de sa famille, même si les modalités de l'accès aux origines ont été facilitées (b).

a/ L'accès aux origines et l'établissement de la filiation de naissance

517. Le principe. – Selon l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles, « l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit ». La règle semble donc claire. L'enfant qui accède à ses origines ne peut demander à hériter des biens de ses parents biologiques ni demander l'établissement d'un lien de filiation⁶. Il ne peut pas non plus engager la responsabilité civile de ses parents biologiques⁷. Cette distinction entre accès aux origines et établissement de la filiation est un gage de sécurité juridique pour les parents de naissance ou d'origine. Pour autant, si cette règle est claire dans son principe, sa portée normative demeure

¹ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2006, étude n° 2.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 283.

³ L. n° 2002-93 précitée.

⁴ Art. L. 147-1 et s. C. act. soc. et fam.

⁵ Art. L. 147-7 C. act. soc. et fam.

⁶ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 194.

⁷ LE BOURSICOT (M.-C.), « Consécration du droit à la connaissance des origines », *RJPF*, 2002-3/11.

incertaine. Cet article « *ne suffit [...] pas à lever toutes les réticences* »¹ et il convient de nuancer ces éléments selon que l'enfant non désiré a été (i) ou non (ii) adopté.

i/ L'enfant non désiré par sa famille et adopté

518. L'adoption plénière du pupille de l'Etat. – L'enfant adopté plénièrement, qui accède à ses origines, ne peut pas faire établir sa filiation avec ses parents biologiques. Il ne peut obtenir que leur identité ou tout au plus, des renseignements non identifiants². Les pupilles de l'Etat peuvent être adoptés plénièrement³. Or, le placement en vue de l'adoption plénière empêche toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait en outre échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance⁴, tandis que le prononcé de l'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation biologique. L'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine⁵. C'est la raison pour laquelle l'adoption plénière est irrévocable⁶. Autrement dit, le lien de filiation adoptif en la forme plénière, irrévocablement et définitivement fixé, ne met pas obstacle à ce que l'adopté connaisse ses origines biologiques⁷. Il empêche néanmoins tout établissement ultérieur d'un lien de filiation biologique avec ses parents de naissance⁸. L'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles confirme ici les effets de l'adoption plénière et rappelle les règles posées au Code civil.

519. Les difficultés posées par l'adoption simple du pupille de l'Etat. – Les pupilles de l'Etat ne sont pas nécessairement adoptés en la forme plénière. Une adoption simple est envisageable et n'interdit pas l'établissement postérieur d'une filiation biologique. Deux filiations sont alors susceptibles de coexister : une filiation adoptive simple et une filiation biologique⁹. Dans cette hypothèse, l'adoption simple conserve ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation¹⁰. Une filiation biologique pourrait donc se greffer sur la filiation adoptive

¹ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN*, XII^{ème} législature, p. 194.

² *Infra.* § 530.

³ Art. 347, 2° C. civ.

⁴ Art. 352, al. 1^{er}, C. civ.

⁵ Art. 356, al. 1^{er}, C. civ.

⁶ Art. 359 C. civ.

⁷ TGI Lille, 28 juillet 1997, *D.*, jurispr., 1998, p. 213, note LABBÉE (X.).

⁸ L'adoption plénière bénéficie en outre de la protection de la Cour de Strasbourg (par exemple : Cour EDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c/ Roumanie*, req. n° 78028/01 et 78030/01 – Cour EDH, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg* précité – Cour EDH, 27 avril 2010, *Moretti et Benedetti c/ Italie*, req. n° 16318/07 – Cour EDH, *Negrepointis-Giannis c/ Grèce* précité).

⁹ LE BOURSICOT (M.-C.), « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF*, 2009-4/10. Egalement : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 36.

¹⁰ Art. 369 C. civ.

simple, car contrairement à l'adoption plénière, elle n'a pas disparu¹. La divulgation du secret entourant la naissance et l'établissement subséquent de la filiation biologique n'impacterait toutefois pas la filiation adoptive. Plusieurs interrogations sont néanmoins susceptibles de se poser. L'adopté simple reste-t-il ou plutôt retourne-t-il dans sa famille d'origine ? Y conserve-t-il tous ses droits, notamment ses droits héréditaires² ? La réponse à ces questions doit être négative, bien que la double appartenance de l'enfant à la famille biologique et à la famille adoptive apparaisse à l'état civil³. La règle de l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles a toujours vocation à s'appliquer, notamment au regard des conséquences de cette découverte pour les parents de naissance ou d'origine qui ont reconstruit leur existence⁴. Elle ferait ainsi exception à l'application des règles du Code civil. Le problème posé par l'adoption simple d'un pupille paraît toutefois minime puisqu'il « *est rare qu'un enfant abandonné ne bénéficie pas d'une adoption plénière* »⁵. Une clarification devrait cependant être apportée à cet « énigmatique »⁶ article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles. Cela paraît d'autant plus nécessaire que cette disposition ne règle pas la question de savoir si une personne, qui n'a pas été adoptée, peut agir en recherche de maternité ou de paternité après avoir obtenu l'identité de son parent biologique.

ii/ L'enfant non désiré par sa famille et non adopté

520. L'abrogation de la fin de non-recevoir à l'action judiciaire en recherche de maternité. – La loi du 16 janvier 2009 a abrogé la fin de non-recevoir à l'action judiciaire en recherche de maternité résultant de l'accouchement secret et anonyme⁷. Jusqu'à cette date, cette action était admise sous réserve de l'article 326 du Code civil. La modification législative de l'article 325 du Code civil a donc mis fin à une discrimination entre les mère et père de naissance⁸. Désormais, « *la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas*

¹ La décision prononçant l'adoption simple est transcrite ou mentionnée sur les registres de l'état civil (art. 362 C. civ.).

² Art. 364, al. 1^{er} C. civ.

³ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 36.

⁴ RUBELLIN-DEVICHI (J.), précité, *RTD civ.*, 1991, p. 695.

⁵ EUDIER (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 402. Voir cependant : art. 1173 C. pr. civ. (le tribunal de grande instance peut prononcer une adoption simple à la demande du requérant alors même qu'il a été saisi d'une requête en adoption plénière).

⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC*, 2009/58, n° 3338.

⁷ L. n° 2009-61 précitée.

⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), précité, *RLDC*, 2009/58, n° 3338 ; LE BOURSICOT (M.-C.), précité, *RJPF*, 2009-4/10.

d'accouchement dans le secret »¹. C'est la raison pour laquelle l'article 327 du Code civil, relatif à l'action judiciaire en recherche de paternité, n'est pas contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution du 4 octobre 1958, en ce qu'il empêche tout homme géniteur de se soustraire à l'établissement d'une filiation non désirée. Cela signifie que l'enfant majeur non adopté peut, dans les dix ans qui suivent sa majorité², agir en recherche de paternité, mais également de maternité lorsque la mère a accouché dans le secret et l'anonymat. Cette action ne sera toutefois possible que s'il n'a pas été adopté en la forme plénière³. En théorie, l'enfant peut ainsi exercer une action judiciaire en recherche de maternité à l'encontre de la mère accouchée sous X, mais il se heurtera à un obstacle de fait et de droit. Il doit nécessairement l'identifier et la retrouver pour pouvoir agir, ce qui paraît difficilement possible compte tenu du secret légalement organisé⁴. C'est pourquoi « *la suppression de fin de non-recevoir ne devrait [...] pas en soi, avoir à l'avenir un impact majeur sur le droit de toute femme d'accoucher dans l'anonymat* »⁵. Elle affecte toutefois incidemment l'équilibre réalisé par la loi du 22 janvier 2002⁶ entre des « *droits naturellement antagonistes : le droit d'accoucher dans l'anonymat et le droit à l'accès aux origines, même si le second est bien distinct de l'établissement d'un lien de filiation* »⁷. En effet, dans le cadre d'un accouchement sous X, la femme est encouragée à laisser des renseignements non identifiants voire son identité sous pli cacheté⁸, afin de permettre à l'enfant de connaître son histoire personnelle et les circonstances de sa naissance. Or, avec l'abrogation de la fin de non-recevoir, il est possible que la femme refuse de laisser de tels éléments, qui pourraient conduire à son identification, par crainte que l'enfant ne soit pas adopté et qu'il fasse judiciairement établir sa filiation maternelle et engage la responsabilité civile délictuelle de sa mère⁹. La modification de l'article 325 du Code civil produirait donc un effet inverse à celui recherché par la loi du 22 janvier 2002¹⁰. L'enfant serait une nouvelle fois victime de sa famille. Celui-ci a non seulement été refusé par sa famille de naissance, mais l'application stricte des règles du droit civil le prive potentiellement de l'accès à ses origines personnelles. L'articulation entre l'accès aux origines et

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n° 13-40.001, QPC.

² Art. 321 C. civ.

³ LE BOURCICOT (M.-C.), précité, *RJPF*, 2009-4/10.

⁴ En ce sens : GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 213.122.

⁵ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 27.

⁶ L. n° 2002-93 précitée.

⁷ GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 213.122.

⁸ *Supra*. § 496-498.

⁹ LE BOURCICOT (M.-C.), précité, *RJPF*, 2002-3/11 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 213.122.

¹⁰ L. n° 2002-93 précitée.

l'établissement judiciaire de la filiation maternelle semble constituer un nœud gordien, d'autant que la recherche de la vérité ne devrait pas systématiquement primer toute autre considération¹.

521. La filiation inconnue de l'enfant. – La possibilité pour l'enfant de faire établir judiciairement sa filiation maternelle en cas d'accouchement secret et anonyme permet d'atténuer le préjudice consécutif au choix parental privant le mineur d'une filiation. Elle va pourtant à l'encontre de la lettre de l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles lorsque l'enfant n'a pas de filiation connue en raison de la décision de la mère de recourir à l'accouchement sous X². A cet égard, la cour d'appel de Caen a jugé qu'un parent « *en ne procédant pas à la reconnaissance d'un enfant qu'il savait être le sien et en ne lui conférant pas le statut et les avantages attachés à une filiation légalement établie, a agi avec désinvolture et irresponsabilité et manqué à ses devoirs élémentaires vis-à-vis [de son fils], ce qui est constitutif d'un comportement fautif même s'il n'existe pas de texte stigmatisant ce type d'attitude* »³.

Cette solution retenue dans le cadre d'une filiation connue et non établie, pourrait *a fortiori* s'appliquer à l'accouchement anonyme et secret où la filiation est inconnue. L'enfant né sous X, qui n'a pas été adopté plénièrement, pourrait contraindre sa mère à l'établissement du lien de filiation. Il doit cependant apporter la preuve de l'accouchement, c'est-à-dire la preuve que la femme dont il prétend être l'enfant a accouché, et la preuve de l'identité de celle-ci. Il doit démontrer qu'il est celui à qui elle a donné naissance. Or, « *l'accouchement sous X a pour effet d'effacer ces preuves, rendant bien improbable le succès d'une telle action* »⁴. S'il arrive à faire la démonstration de ces éléments, il pourra non seulement obtenir une déclaration judiciaire de maternité, mais également des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Le préjudice subi par l'enfant découlerait des circonstances de la naissance et de l'abandon qui s'en est suivi⁵. La mère aurait ainsi commis une faute en refusant d'être juridiquement rattachée à l'enfant alors qu'elle peut librement décider d'accoucher sous X. A ce sujet, la Cour de cassation admet que l'enfant, issu d'un viol, incestueux ou non, est recevable à demander la réparation de son préjudice moral, consécutif au traumatisme psychologique lié à la connaissance des circonstances de sa conception⁶. Dès lors, rien n'interdit qu'une solution similaire soit

¹ RUBELLIN-DEVICHI (J.), précité, *RTD civ.*, 1991, p. 695.

² Lorsque le père a connaissance de la grossesse, il peut également vouloir ne pas établir sa filiation. L'accouchement sous X bénéficie alors aux deux parents.

³ CA Caen, 29 mars 2012, Jurisdata n° 2012-019170 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 138, note NEIRINCK (C.) (il s'agissait du père en l'espèce).

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922.

⁵ En ce sens : FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013, p. 70.

⁶ Cass. crim., 4 février 1998, *Bull. crim.*, n° 43 – Cass. crim., 23 septembre 2010, *Bull. crim.*, n° 139 – Cass. crim., 23 septembre 2010, *Bull. crim.*, n° 141.

adoptée pour l'enfant né sous X qui apprendrait les circonstances de sa naissance et de l'abandon dont il a fait l'objet. L'arrêt de la cour d'appel de Caen pourrait donc fragiliser l'accouchement anonyme et secret, puisque « *l'établissement volontaire de la filiation se transformerait en établissement contraint sur la base du seul critère biologique* »¹. Si cette solution se pérennise, les parents ne pourraient plus librement renoncer à leur rôle et refuser l'enfant. Si le mineur découvre leur identité, ils pourraient être contraints d'établir leur lien de filiation à l'égard de l'enfant non désiré. Cela est d'autant plus vrai que l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles ne constitue pas formellement une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité ou de paternité.

522. La filiation connue et non établie de l'enfant. – Lorsque la mère ne demande pas à bénéficier des dispositions de l'article 326 du Code civil, la fin de non-recevoir à l'action judiciaire en recherche de maternité ne pouvait pas être opposée à l'enfant avant son abrogation². De même, il paraît évident que l'enfant puisse contraindre sa mère à établir sa filiation, y compris si elle n'a pas mentionné son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, conformément à la possibilité que lui laisse l'article 57 du Code civil. Cette solution s'applique également pour le père. Dès lors, comme pour l'accouchement secret et anonyme, le parent commettrait une faute vis-à-vis de l'enfant en ne procédant pas à l'établissement du lien de filiation. La décision de la juridiction d'appel de Caen³ remet donc en question le principe de la libre acceptation de l'enfant par ses parents. Le droit au refus de l'enfant serait atteint dans sa substance même. Pourtant, l'exercice d'une liberté ne constitue pas en soi une faute ouvrant droit à des dommages-intérêts, y compris en cas de défaut de reconnaissance⁴. Cette solution ne semble plus pouvoir s'appliquer aujourd'hui, car « *est traité comme fautif le fait d'user d'une liberté que le droit admet dans l'établissement d'une filiation* »⁵. La vérité biologique l'emporterait sur la volonté des parents qui ne souhaitent pas élever leur enfant et ont manifesté leur refus par un abandon de ce dernier. La régulation du désir d'enfant semble donc faire primer le droit de l'enfant à connaître ses origines et à faire établir sa filiation sur celui des parents de le refuser.

¹ NEIRINCK (C.), « Le refus de reconnaître son enfant peut-il être fautif ? note sous CA Caen, 29 mars 2012, Jurisdata n° 2012-019170 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 138.

² CA Bordeaux, 15 mai 2003, Jurisdata n° 2003-216429 – CA Nîmes, 21 septembre 2004. Jurisdata n° 2004-252693.

³ CA Caen, 29 mars 2012, Jurisdata n° 2012-019170 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 138, note NEIRINCK (C.).

⁴ MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011, § 1179 ; BATTEUR (A.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013, § 328.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2012, comm. n° 138.

b/ Les modalités du droit d'accéder à ses origines

523. La dualité des procédures d'accès aux origines. – Le droit de connaître ses origines n'est pas absolu. En effet, la mise en œuvre de l'accès aux origines personnelles peut être confrontée au droit au secret des parents de naissance. Si celui-ci n'a pas été demandé, l'accès aux origines dépend du droit commun de l'accès aux documents administratifs (i). Inversement, si le secret limite l'accès aux origines, spécialement en cas d'accouchement sous X, la mise en œuvre du droit de connaître ses origines est restreinte. Elle est alors soumise à des dispositions spécifiques (ii). Quoiqu'il en soit, ce dispositif garantit l'application de l'article 7 de la CIDE et de l'article 30 de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 relatif à la conservation et à l'accès aux informations sur les origines du mineur¹.

i/ Le principe de l'accès aux origines en l'absence de secret

524. Un principe général. – La loi du 17 juillet 1978² a posé le principe du libre accès aux documents administratifs. Ce texte s'applique à toute administration, ce qui inclut le service de l'ASE³. Le dossier des pupilles de l'Etat est un document administratif au sens de cette loi. L'enfant qui recherche ses origines, notamment l'identité de ses parents de naissance ou d'origine, peut exiger la communication de son dossier administratif auprès de l'ASE⁴. Elle est de droit pour l'intéressé, qui ne peut pas se voir opposer des motifs tirés du secret de la vie privée ou du secret médical⁵. Seule une demande expresse de secret peut faire obstacle au principe général de la communication du dossier. Le pupille doit alors se tourner vers le CNAOP pour accéder à ses origines personnelles. En effet, le secret découlant de l'accouchement sous X est un secret protégé par la loi⁶. Il s'agit de la seule hypothèse de secret, car depuis 2002, la remise de l'enfant dont la filiation est établie et connue ne peut plus s'accompagner d'une demande de secret⁷.

¹ D. n° 98-815 du 11 septembre 1998 portant publication de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 1993 et signée par la France le 5 avril 1995, *JO*, 13 septembre 1998, p. 13997 ; L. n° 98-147 du 9 mars 1998 autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, *JO*, 10 mars 1998, p. 3611.

² L. n° 78-753 précitée.

³ CADA, 9 novembre 2000, avis n° 20004193.

⁴ Il ne peut donc pas avoir accès aux dossiers de ses parents (CADA, 11 avril 2002, avis n° 20021480).

⁵ L. n° 78-753 du 17 juillet 1978 précitée, art. 6, II.

⁶ L. n° 78-753 du 17 juillet 1978 précitée, art. 6, I, 2°, h.

⁷ *Supra*. § 513.

525. Les éléments communiqués au pupille. Si le pupille est encore mineur, ses parents adoptifs ont qualité pour solliciter la communication du dossier en son nom, sauf si l'autorité parentale leur a été retirée¹. Aucun motif particulier n'est exigé pour obtenir la communication des documents. Hormis les éléments sans rapport avec l'enfant, la transmission des données comprendra celles relatives à l'identité d'un parent, notamment celles qui permettent de l'identifier, mais à condition que le secret n'ait pas été demandé par les parents de naissance². Afin de satisfaire cet objectif, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a adopté une conception large des documents auxquels les pupilles de l'Etat recherchant leurs origines peuvent avoir accès³. Le pupille de l'Etat ne peut cependant pas accéder à des informations relatives à des tiers, non parents, qui sont contenues dans le dossier. Ces dernières doivent être occultées⁴. *A contrario*, cela signifie qu'il pourrait obtenir des informations concernant ses frères et sœurs. Il peut alors entrer en contact avec ces derniers qui ignorent probablement son existence. En réalité, tout dépend de la définition donnée au terme parent⁵. Soit il s'agit du père ou de la mère de naissance ou d'origine. Dans ce cas, le pupille n'a pas accès aux informations relatives à ses frères et sœurs. Seule la parenté en ligne directe est prise en considération. Soit, il s'agit d'un membre de la famille et la parenté en ligne collatérale est également prise en compte. La première hypothèse devrait toutefois être privilégiée au risque d'un trop grand bouleversement dans les familles⁶. En outre, l'accès au dossier peut légitimement se heurter au droit à la vie privée de tiers concernés par l'histoire du pupille, qu'il convient dès lors de préserver⁷. Ce n'est pas la position adoptée par le Conseil d'Etat. Ce dernier envisage une accessibilité étendue aux dossiers d'ASE par les pupilles⁸. Une conciliation entre ces deux positions est néanmoins possible en organisant, par exemple, un accompagnement, ou en sollicitant l'accord préalable des frères et sœurs⁹. C'est déjà le cas pour les père et mère de naissance lorsque la remise de l'enfant s'accompagne du secret.

¹ CADA, 27 juin 2002, avis n° 20022697.

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 203.

³ CADA, 11 mai 2000, avis n° 20001990.

⁴ CADA, 9 novembre 2000, avis n° 20004193.

⁵ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o parent et parenté.

⁶ Il est possible d'envisager que les frères et sœurs biologiques refusent d'entrer en contact avec le pupille de l'Etat. Celui-ci, non préparé, est à nouveau victime d'un choix de sa famille.

⁷ Cour EDH, *Gaskin c/ Royaume-Uni* précité, § 49.

⁸ CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 72.

⁹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 204.

ii/ Les restrictions à l'accès aux origines en cas de secret

526. L'objectif de la loi du 22 janvier 2002¹. – Le législateur n'a pas consacré un droit à la connaissance des origines personnelles en 2002. Il a maintenu le droit de la mère à accoucher dans le secret et l'anonymat². Il a cependant atténué la rigueur de la règle en permettant aux enfants refusés par leurs familles et nés sous X d'accéder à leurs origines³. La loi a ainsi créé le CNAOP, organe indispensable dans la procédure d'accès aux origines dont les missions, l'organisation et le fonctionnement sont régis par les articles L. 147-1 et suivants et R. 147-1 et suivants du Code de l'action sociale et de familles.

527. Le rôle du CNAOP. – Le CNAOP n'est compétent qu'en présence de secret⁴. Il n'a qu'un rôle d'intermédiaire entre les enfants privés de leurs origines et les parents biologiques de ces derniers⁵. Il reçoit les demandes d'accès aux origines des enfants nés sous X ou abandonnés avec demande de secret, mais sans être nés sous X avant 2002. Une fois saisi, il peut rechercher les éléments relatifs à l'identité des parents de l'enfant né ou abandonné dans le secret⁶, ainsi que procéder au recueil des informations non identifiantes auprès de différentes institutions publiques ou associations⁷. Le CNAOP est également le destinataire des déclarations expresses de levée du secret de leur identité par les parents biologiques ayant refusé le mineur. Il reçoit aussi celles de leurs ascendants, descendants, collatéraux privilégiés par lesquelles ils font état de leur identité⁸. Ces derniers sont alors informés que leur déclaration volontaire de levée du secret ne sera transmise à l'enfant que s'il demande à accéder à ses origines⁹. L'intervention du CNAOP est conditionnée à une demande de l'enfant même si les parents biologiques peuvent s'enquérir de leur recherche par l'enfant¹⁰ ou tentent d'obtenir des informations à son égard.

¹ L. n° 2002-93 précitée.

² Art. 326 C. civ. et L. 222-6 C. act. soc. et fam. combinés.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 209.

⁴ En l'absence de secret, l'accès à l'identité des parents se fait par la simple consultation du dossier de l'enfant grâce au processus de droit commun (*supra*. § 524).

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 210.

⁶ Il peut également rechercher l'identité des parents de l'enfant dont le nom n'a pas été révélé à l'officier de l'état civil (art. L. 147-5, al. 1^{er}, 3^o C. act. soc. et fam.).

⁷ Etablissements de santé, services départementaux, OAA, procureur de la République, organismes de sécurité sociale (art. L. 147-5 et L. 147-8 C. act. soc. et fam.).

⁸ Art. L. 147-2, 2^o et 3^o C. act. soc. et fam. Le CNAOP se contente de recueillir ces informations, il n'en vérifie pas l'exactitude.

⁹ Art. L. 147-3, al. 2 C. act. soc. et fam.

¹⁰ Art. L. 147-2, 4^o C. act. soc. et fam.

528. La formulation de la demande : une initiative limitée à l'enfant. – L'intervention du CNAOP n'est possible que si l'enfant le sollicite expressément et par écrit¹. Cette saisine a lieu soit directement, soit par l'intermédiaire du président du Conseil général qui transmet la demande au CNAOP en cas de demande expresse de secret non levé, d'incertitude sur la volonté des parents de naissance ou si ces derniers sont décédés sans avoir procédé à la levée du secret². Cette transmission garantit ainsi la compétence du CNAOP. Les déclarations des parents de naissance qui renoncent au secret sont conservées par le CNAOP, mais elles ne le saisissent pas. Il n'existe donc pas de droit à la connaissance de ses descendants. La loi du 22 janvier 2002³ n'implique pas une réciprocité dans la demande de rapprochement entre le parent de naissance et l'enfant non désiré⁴. Au contraire, lorsqu'une femme ayant accouchée sous X a connaissance de la nouvelle identité de l'enfant et de sa famille adoptive, le département engage sa responsabilité pour faute présumée du service de l'ASE⁵. Ce dernier est tenu par une obligation de résultat en ce qui concerne les secrets liés à l'accouchement secret et anonyme et à l'adoption⁶. Cela démontre bien que seul l'enfant peut initier une recherche de ses origines personnelles auprès du CNAOP, ce que ne paraît pas infirmer la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁷. L'accès aux origines personnelles s'inscrit donc dans une démarche unilatérale, uniquement réservée aux mineurs non désirés par leurs familles. Cette restriction paraît logique dans la mesure où ils sont victimes du choix de leurs parents, ces derniers les privant de leurs origines et d'une filiation biologique. Cela est d'autant plus vrai qu'imposer la connaissance des ascendants biologiques à l'enfant pourrait

¹ Art. L. 147-3, al. 1^{er} C. act. soc. et fam. Cette demande peut être retirée à tout moment dans les mêmes formes.

² Art. R. 147-14 C. act. soc. et fam.

³ L. n° 2002-93 du 22 janvier 2002 précitée.

⁴ DIONISI-PEYRUSSE (A.), « La faute du département est présumée lorsqu'une femme ayant accouchée sous X a connaissance de la nouvelle identité de l'enfant et de sa famille adoptive, obs. sous Conseil d'Etat, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 17 octobre 2012, n° 348440 », *AJ fam.*, 2012, p. 616. Voir également : LE BOURSICOT (M.-C.), « Présomption de responsabilité des services du département en cas de "fuite" sur la nouvelle identité de l'adopté, note sous CE, 17 octobre 2012, n° 348440, M. et Mme B... c/ Département des Alpes-Maritimes », *RJPF*, 2013-1/11. La Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret a émis l'idée que les mères de naissance puissent formuler une demande de recherche de leur enfant auprès du CNAOP (BARÈGES (B.), *Rapport précité*, Doc. AN., XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010, p. 58).

⁵ CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 17 octobre 2012, *M. et Mme B... c/ Département des Alpes-Maritimes*, n° 348440.

⁶ NEIRINCK (C.), « La responsabilité du département pour non-respect du secret de l'adoption, obs. sous CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 17 octobre 2012, n° 348440 : Jurisdata n° 2012-023315 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 31.

⁷ La Cour européenne des Droits de l'Homme n'a pas jugé contraire à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales la décision des autorités allemandes de refuser à une mère de prendre contact ou de s'informer au sujet des enfants après leur adoption. Ses droits ont effectivement été supprimés par le consentement à l'adoption donné en pleine connaissance des conséquences de fait et de droit de cet acte. Il était donc cohérent d'attacher plus d'importance à la vie privée et aux intérêts de la famille adoptive (Cour EDH, 5 juin 2014, *I. S. c/ Allemagne*, req. n° 31021/08). Cette solution peut *a fortiori* s'appliquer à la situation de la mère accouchée sous X. Dès lors qu'elle a pleinement conscience des effets de droit et de fait de l'accouchement secret et anonyme, la mère de naissance ne peut pas opposer son droit à la vie privée sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, même si une partie de son identité est en jeu.

lui causer un nouveau préjudice¹, notamment s'il est mineur. En ne réservant qu'à l'enfant la possibilité d'accéder à ses origines, le législateur a créé un mécanisme qui permet de compenser le préjudice résultant de l'exercice du droit au refus de l'enfant par les parents de naissance.

529. La formulation de la demande par l'enfant mineur. – Seule la personne non désirée par sa famille peut présenter une demande d'accès aux origines². Lorsqu'elle est mineure, la demande est toujours formulée par celle-ci, mais l'accord de ses représentants légaux est nécessaire³. Il faut en outre qu'elle est atteint l'âge de discernement. Depuis 2007⁴, les représentants légaux du mineur ne peuvent plus formuler une demande d'accès aux origines au nom de l'enfant. Cette décision éminemment personnelle lui est strictement réservée⁵. L'initiative de la démarche n'appartient donc qu'à l'enfant, y compris durant sa minorité⁶, afin de respecter sa volonté dans un domaine où sont en jeu des éléments touchants à l'identité personnelle⁷. Un enfant mineur ne souhaite pas nécessairement connaître ses origines. Or, si ses représentants légaux formulent une demande sans son consentement et l'informent de ses origines, il se peut qu'il soit victime de sa nouvelle famille. « *L'irruption précoce de l'identité d'un parent de naissance dans la vie de l'enfant* »⁸ peut lui causer un préjudice et altérer le processus de construction de sa personnalité⁹. Ce changement législatif donne davantage de protection à l'enfant, étant donné qu'une source potentielle de dommage disparaît. Elle manifeste également un contrôle des prérogatives parentales puisque les parents adoptifs ne pourront plus obtenir les origines de leur enfant sans son accord. Néanmoins, ils peuvent toujours s'opposer à sa demande

¹ En ce sens, l'enfant abandonné peut toujours renoncer à connaître ses origines malgré la procédure qu'il a initiée (art. L. 147-6 C. act. soc. et fam.). Inversement, une fois que les parents de naissance lèvent le secret de leur identité, cette situation est irréversible.

² Art. L. 147-2, 1^o, C. act. soc. et fam. Si le majeur est placé sous tutelle, la demande est réalisée par le tuteur. En cas de décès du pupille, ce sont ses représentants directs qui formulent la demande.

³ Art. L. L. 147-2, 1^o, C. act. soc. et fam.

⁴ L. n^o 2007-293 précitée.

⁵ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 216.

⁶ Il a été proposé de réserver la demande d'accès aux origines personnelles aux seules personnes majeures compte tenu des enjeux que représente l'accès aux origines et de la difficulté à définir un âge de discernement (BARÈGES (B.), *Rapport précité, Doc. AN., XIII^{ème} législature*, 12 novembre 2010, p. 57). Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » envisage de permettre la saisine du CNAOP par le mineur de treize ans, avec l'accord de ses représentants légaux, afin de créer une limite objective qui remplacerait la condition de discernement (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), *Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille*, 2014, p. 100 et 102). Mais un mineur de treize ans est-il nécessairement discernant ? Dispose-t-il la maturité suffisante pour saisir le CNAOP ?

⁷ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 216.

⁸ BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n^o 2832 précité*, t. 1, *Doc. AN, XII^{ème} législature*, p. 202.

⁹ Il est vrai qu'« *autoriser les représentants légaux d'un enfant de trois ans à demander son origine n'a guère de sens et ne semble pas de nature à faciliter la réussite du processus d'adoption éventuellement en cours* » (BLOCHE (P.), PECRESSE (V.), *Rapport n^o 2832 précité*, t. 1, *Doc. AN, XII^{ème} législature*, p. 201). A nouveau, l'enfant peut éventuellement être victime de sa nouvelle famille, la connaissance des origines par ses parents constituant alors un obstacle à son intégration dans la famille adoptive.

d'accès à ses origines personnelles. Ils doivent effectivement l'autoriser durant la minorité. Ils peuvent ainsi refuser à l'enfant l'accès à ses origines. L'opposition des représentants légaux pourrait lui causer un préjudice puisque ce refus le prive des éléments de son identité. Dès lors, le maintien de l'accord des représentants légaux est-il toujours opportun¹ alors que le mineur jouit d'un embryon d'autonomie dans le domaine de la santé² ? N'est-il pas possible d'accorder au mineur davantage de droit, d'autant que l'accès aux origines peut avoir un impact sur sa personne ? Une intervention du juge serait-elle envisageable pour trancher la question ?

530. La communication des informations. – L'article 147-6 du Code de l'action sociale et des familles précise les conditions de la transmission des informations à l'enfant qui maintient sa demande d'accès à ses origines. Pour que l'enfant obtienne l'identité de ses parents biologiques, il faut cependant que ces derniers aient manifestement et expressément consenti à la divulgation. Le CNAOP doit s'assurer que les père et mère de naissance n'émettent pas d'objection à la communication de leur identité, y compris après leur décès, en particulier s'il n'existe pas de manifestation expresse de volonté de leur part. Pourtant, en l'absence de demande explicite des parents sur le secret de leur identité, rien ne devrait faire obstacle à l'entière communication du dossier de pupille de l'Etat à l'enfant³. En présence d'un doute, le droit au secret ne devrait pas limiter l'accès aux dossiers puisqu'il n'a pas été demandé clairement par les parents. Le secret de l'état civil de l'enfant abandonné ne devrait donc pas être conservé⁴. Dans cette situation, c'est le droit commun de l'accès aux origines qui s'appliquerait⁵. Enfin, si les parents de naissance ne s'opposent pas à la communication de leur identité, le CNAOP transmet également à l'enfant l'identité de ses ascendants, descendants et collatéraux biologiques privilégiés⁶. Un accompagnement est alors possible afin de faciliter la mise en relation entre l'enfant et ses parents de naissance, notamment pour éviter toute nouvelle déception, voire un nouvel abandon du mineur qui a pu accéder à ses origines⁷.

¹ RUBELLIN-DEVICHI (J.), précité, *Dr. famille*, 2002, chron. n° 11 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 216.

² Art. L. 1111-5, al. 1^{er}, L. 1241-3 *in fine*, L. 2212-7, L. 5134-1C. santé pub.

³ CAA Bordeaux, 30 décembre 2003, *Mme T*, *AJDA*, 2004, p. 496, note REY (J.-L.).

⁴ Le seul fait que la mère ait accouché sous X ne saurait suffire à établir qu'elle a usé de la possibilité de demander, par rapport à son enfant, le secret de l'état civil (CADA, 8 juin 2000, avis n° 20002354). La demande doit intervenir explicitement et préalablement à l'accouchement (NEIRINCK (C.), précité, *JCP G.*, 1996, I, 3922).

⁵ *Supra*. § 524-525.

⁶ Malgré l'emploi de ces termes, il n'a jamais existé de lien de droit entre ces derniers et le mineur.

⁷ Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » propose d'explicitier cet accompagnement par la création d'un article L. 147-6-1 au Code de l'action sociale et des familles. Ce texte disposerait que « *le Conseil aide les personnes adoptées et pupilles de l'Etat à entrer en relation avec leurs parents de naissance lorsque l'identité de ces derniers peut leur être communiquée, notamment en l'absence de secret* » (GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 102).

Les parents de naissance ne sont pas obligés de consentir expressément à la divulgation du secret de leur identité. L'enfant non désiré par sa famille n'aura alors pas accès à l'identité de ses parents, mais il pourra tout de même obtenir des renseignements non identifiants. Une procédure identique s'appliquera si la mère ne laisse pas son identité sous pli fermé lors de l'accouchement anonyme et secret¹. Il faut néanmoins que des informations non identifiantes soient disponibles. Il ne s'agit pas d'une obligation pour les parents de naissance. Selon l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, la mère accouchée sous X est « invitée » à laisser de tels renseignements. Tout dépend donc de sa volonté.

Afin de faciliter la communication des informations, l'article L. 224-7 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que l'ensemble des renseignements recueillis est tenu à la disposition de l'enfant. Le Conseil général a pour mission de transmettre à l'enfant tous les documents relatifs à ses origines. Le dossier administratif du mineur est directement consultable auprès des services du Conseil général. Ces documents sont effectivement conservés sous la responsabilité du président du Conseil général, comme les renseignements et le pli fermé mentionnés à l'article L. 222-6 du même Code dans le cadre de l'accouchement sous X, ainsi que l'identité des personnes qui ont levé le secret².

531. La relativité de l'accès aux origines. – Il n'existe pas de droit absolu à l'accès aux origines pour l'enfant non désiré par sa famille et né sous X. En réalité, la connaissance des origines ne sera possible que « *s'il existe des informations sur les origines de l'enfant et si ces auteurs ont autorisé leur divulgation* »³. Il est ainsi possible que l'enfant n'obtienne pas l'identité de ses parents de naissance dès lors qu'ils refusent la communication de leur identité. Il se peut même que le mineur n'ait accès à aucun élément, même non identifiant. Tout dépend des formes de l'abandon et de la volition de ses parents de naissance, spécialement de sa mère. La loi fait prévaloir leur volonté de ne pas établir de liens avec l'enfant non désiré, puisqu'ils peuvent librement décider de ne laisser aucune information à l'enfant. Par conséquent, aucun résultat n'est garanti. L'enfant demeure soumis à la volonté de ses parents qui ont fait le choix de l'abandonner. Le droit d'accéder à ses origines se heurte donc à des obstacles de fait ou de droit *a priori* insurmontables, sauf à remettre en cause l'accouchement secret et anonyme.

¹ Art. L. 222-6, al. 1^{er}, C. act. soc. et fam.

² Art. L. 224-7, al. 1 et 2, C. act. soc. et fam.

³ NEIRINCK (C.), précité, *RDSS*, 2002, p. 189.

B/ Supprimer l'anonymat lors de l'accouchement de la mère

532. Une tendance à la suppression de l'anonymat. – L'accouchement secret ne peut pas être au service d'une maternité refusée¹. Il est impossible de nier que l'enfant n'est pas né d'une femme. En effet, bien que la loi ait créé une fiction, la réalité veut que la femme ait accouché. Plusieurs propositions législatives ont souhaité supprimer l'accouchement anonyme et secret au profit d'un accouchement dans la discrétion². Avec celui-ci, la mère de naissance serait obligée de donner son identité lors de l'accouchement tout en pouvant demander le secret. Madame Irène THERY avait également envisagé la suppression de la possibilité de demander le secret lors de l'accouchement³ avec l'abrogation de l'ancien article 341-1 du Code civil⁴. Le groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption » a proposé un accouchement secret avec le recueil obligatoire de l'identité de la mère de naissance, mais sans modification du dispositif actuel d'accès aux origines⁵. Le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité » envisage également de supprimer l'anonymat lors de l'accouchement secret et anonyme au profit d'un recueil systématique de l'identité de la mère de naissance. Il se distingue cependant du rapport rédigé par Mesdames Adeline GOUTTENOIRE et Isabelle CORPART. Il prévoit en effet une communication de plein droit de l'identité de la mère de naissance à l'enfant devenu majeur, qui en ferait la demande, et le rétablissement de la fin de non-recevoir à l'action judiciaire en recherche de maternité⁶, ce qui ne manquerait pas de poser des difficultés quant à la compatibilité de cette disposition avec les droits et libertés constitutionnellement garantis. Avec cette proposition du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », l'anonymat disparaît, mais le secret demeure uniquement durant la minorité de l'enfant où la révélation serait soumise à l'accord de la mère. Cette proposition n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été critiquée en raison de sa radicalité et des conséquences néfastes qu'elle pourrait avoir tant pour la famille de naissance que pour la famille adoptive⁷. La solution émise par le groupe de travail « Filiation, origines,

¹ NEIRINCK (C.), « L'accouchement sous X », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 85. Pour l'auteur, l'accouchement secret et anonyme serait au service de l'adoption, c'est-à-dire de l'enfant « que l'on veut et que l'on ne peut concevoir ».

² Proposition de loi n° 3224 instaurant un accouchement dans la discrétion, *Doc. AN*, XII^{ème} législature ; Proposition de loi n° 109 visant à instaurer un accouchement dans la confidentialité, *Doc. Sénat*, 2008-2009 ; Proposition de loi n° 4043 visant à « la levée de l'anonymat » et à l'organisation de « l'accouchement dans le secret », *Doc. AN*, XIII^{ème} législature.

³ THERY (I.), *op. cit.*, Paris : Odile Jacob, *Doc. fr.*, 1998, p. 179.

⁴ Il s'agit aujourd'hui du nouvel article 326 du Code civil.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 95 et s., p. 101 et 102.

⁶ THERY (I.), LEROYER (A.-M.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 245 et s., spé. p. 263.

⁷ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 64.

parentalité » consacrerait effectivement « *une tyrannie des volontés individuelles* »¹ et opposées entre la volonté de la mère d'accoucher dans le secret et la volonté de l'enfant d'accéder à ses origines à sa majorité. Or, ces deux intérêts sont tout aussi respectables et il ne paraît pas cohérent d'en sacrifier un au détriment de l'autre. La levée du secret doit nécessairement se faire avec l'accord de chacun des intéressés « *sans conduire à des excès opposés en législation* »². Une solution intermédiaire, qui ménagerait le rôle actuel du CNAOP, entre toutes ces propositions paraît envisageable.

533. Accorder un rôle à l'autorité judiciaire. – Un accouchement secret serait organisé avec le recueil obligatoire de l'identité de la femme, qui serait conservée de manière anonyme. La levée du secret de l'identité serait ensuite organisée autour de deux axes. D'une part, la demande d'accès aux origines personnelles ne pourrait émaner que d'un mineur âgé de treize ans sauf s'il n'est pas discernant. Le mineur de treize ans serait donc présumé discernant à moins que le contraire ne soit démontré. La connaissance des origines serait alors soumise à l'accord des représentants légaux du mineur et de la mère de naissance. D'autre part, l'enfant pourrait à sa majorité accéder de plein droit à l'identité de sa mère de naissance, sauf si cette dernière s'y est opposée lors de l'accouchement. Une information précise devra alors lui être délivrée sur ce point au moment de l'accouchement. Dans pareille hypothèse, le CNAOP devra avertir l'enfant que la mère de naissance s'oppose à la divulgation de son identité et qu'il lui appartient de saisir le juge³, afin que ce dernier tranche selon les différents intérêts en présence. Ce serait donc l'autorité judiciaire, « *gardienne de la liberté individuelle* »⁴, qui arbitrerait entre l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines et les circonstances de sa naissance et l'intérêt de la mère à demeurer anonyme. Si la transmission de l'identité de la mère a lieu de plein droit ou est judiciairement autorisée, il faudrait dès lors prévoir que l'enfant ne pourra pas demander l'établissement judiciaire de sa filiation, tant maternelle que paternelle. Une disposition pourrait être insérée au Code civil en ce sens. Elle prévoirait que « la communication de l'identité des parents de naissance à l'enfant par le Conseil national d'accès aux origines personnelles, qu'elle ait lieu de plein droit ou sur décision judiciaire, interdit toute déclaration judiciaire de filiation à

¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 64.

² DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 64.

³ Cette proposition s'inspire du droit allemand qui soumet la question de la communication de l'identité de la mère de naissance à l'enfant au juge lorsque celle-ci s'y oppose (*supra*. § 499).

⁴ Art. 66 Constit.

l'égard des parents de naissance »¹. Un véritable équilibre serait dès lors ménagé entre les parents qui exerceraient leur droit au refus de l'enfant et le mineur qui a le droit de connaître ses origines.

Conclusion du chapitre 1

534. Un processus complexe. – La régulation du désir d'enfant est un processus complexe par lequel le législateur a tenté d'encadrer les volontés individuelles. En effet, les problèmes soulevés par la question du désir d'enfant et sa réalisation semblent difficilement solubles. Elles impliquent de trouver un équilibre, souvent précaire, grâce auquel l'enfant ne serait pas la victime de sa famille qui veut à tout prix un enfant ou qui le refuse. La régulation du désir d'enfant consiste donc à corriger le fonctionnement de volontés différentes et le plus souvent contradictoires. Elle tend à garantir un fonctionnement correct de la famille lorsque les personnes veulent un enfant ou le refusent, notamment pour protéger les droits fondamentaux du mineur à être élevé par ses parents ou à connaître ses origines. L'enfant n'a ni à souffrir ni à subir les conséquences du choix opéré par des adultes avant même sa naissance. Plus précisément, le désir d'être parent ou de ne pas l'être ne doit pas dépendre uniquement de la volonté et demeurer incontrôlé. La régulation de ce dessein justifie une objectivation des volontés individuelles afin de ne pas laisser les membres de la famille déterminer librement leurs actes en fonction de motifs qui leur seraient propres. Le désir d'enfant ne peut pas être une décision laissée à l'unique convenance personnelle des intéressés. L'intérêt supérieur du mineur ne peut pas permettre la création d'une filiation par convenance personnelle, car l'enfant ne peut pas être traité « *comme un bien convoité qu'on se procurerait par contrat* »². L'enfant n'est pas un objet qu'il est possible de concevoir, d'obtenir au gré des convoitises et des désirs ou de façonner avec ou sans père ou mère³. L'aspiration au bonheur des individus ne peut en lui-même justifier la reconnaissance d'un droit à l'enfant. L'hédonisme ne peut autoriser des rapports d'appropriation ou de toute puissance sur le mineur. C'est pour cette raison que le droit au refus de l'enfant doit être impérativement compensé par la création d'un véritable droit du mineur à la connaissance de ses origines. C'est à cette condition que l'intérêt de l'enfant serait ménagé, le mineur n'étant pas considéré comme une chose dont il est possible de se séparer sans assumer les conséquences qu'entraînent la conception et la naissance. C'est également pour cela que la réification sociale du mineur doit être refusée. L'enfant n'est pas un moyen de manifester l'existence d'une famille.

¹ Cette proposition pourrait prendre la forme d'un article 310-3 au Code civil.

² NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 105.

³ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 39.

CHAPITRE 2. LE REFUS D'UNE REIFICATION SOCIALE DE L'ENFANT

535. Le mineur : un être social. – L'enfant est désiré par ses parents car sa conception et sa naissance permettent de créer la famille. L'enfant à naître permet alors de concrétiser l'existence d'une famille. Cette fonction, qui est attribuée à l'enfant, ne dépend pas uniquement du fait procréatif. La personne du mineur, considérée comme un objet social, permet également de révéler un fait familial. Le mineur est utilisé comme un moyen de manifester les particularités d'une cellule familiale dans la société. Pourtant, lorsque l'enfant naît, il accède non seulement à la vie biologique, mais aussi à la vie sociale et à la vie juridique¹. L'enfant naît « *comme un être social, comme sujet de droit* »² et non comme un objet social. C'est une personne qui se situe dans la société³. Les parents seraient dès lors à l'origine d'une « *transformation effective d'un rapport social, d'une relation humaine en "chose", c'est-à-dire en système apparemment indépendant de ceux pour lesquels ce processus s'est effectué* »⁴. La réification sociale de l'enfant serait donc un processus dont les membres de la famille sont à l'origine et qui aboutit à transformer l'enfant, être humain et sujet de droit, en objet qu'ils inscrivent dans une position de chose sociale à l'intérieur de la famille et de la société. Ce serait cet agencement de l'enfant dans la cellule familiale qui permettrait de révéler socialement les spécificités de la famille.

Les mutations contemporaines des modèles familiaux imposent de prendre en considération le contenu, c'est-à-dire les rapports entre les personnes constituant la famille, et non le contenant, soit la forme de la famille⁵. Le caractère protéiforme des configurations familiales ne permet pas d'ignorer les interactions à l'œuvre au sein de la famille, d'autant que cette dernière ne constitue en réalité qu'une forme de société, au sein de laquelle chaque individu doit pouvoir être pris en compte dans ses droits et sa qualité de sujet de droit⁶. Les membres de la famille, y compris l'enfant, doivent pouvoir s'exprimer. Dans l'esprit de la CIDE, l'enfant est une personne humaine, apte à jouir et à exercer les droits fondamentaux reconnus à tout individu par la loi. La reconnaissance aux parents d'un certain nombre de pouvoirs à l'égard de leurs enfants implique corrélativement que ses droits soient à la hauteur des devoirs et des responsabilités qui

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 18.

² NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 19.

³ En ce sens : ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 25.

⁴ *Le Petit Larousse illustré*, V^o réification.

⁵ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 25.

⁶ En ce sens : ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 25.

leur incombent. La responsabilité « *est la simple revendication logique des conséquences de notre liberté* »¹. Ce fondement ontologique suppose que les membres de la cellule familiale considèrent l'enfant comme un être social. La responsabilité découlant de la liberté des individus leur interdit de faire du mineur un objet social, susceptible de mettre en évidence l'agencement de la famille dans la société. Ce refus d'une réification sociale de l'enfant se traduit ainsi par un encadrement des volontés familiales sur le mineur (Section 1) et la protection de son libre arbitre (Section 2).

Section 1. L'encadrement des volontés familiales sur l'enfant

536. L'intérêt de l'enfant : fondement du contrôle des volontés familiales. – Objet de convoitises et de possession, l'enfant se trouve aujourd'hui au croisement des volontés individuelles des adultes. Ces derniers souhaitent créer avec l'enfant un lien particulier ou marquer son appartenance à une famille. L'individualisme encourage les personnes à atteindre une espèce de bonheur qui leur est propre, mais qui ne correspond pas nécessairement à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, « *l'enfance a des manières de voir, de penser de sentir qui lui sont propres ; rien n'est sensé que d'y vouloir substituer les nôtres* »². L'enfant est une personne humaine et une personne juridique. A ce titre, il doit pouvoir accéder progressivement à l'autonomie. Il faut donc garantir son développement et son épanouissement au sein de la société. Les parents doivent donner à l'enfant les moyens d'acquérir la plénitude de ses facultés et le rendre heureux. C'est par ailleurs l'objet de l'autorité parentale qui est dévolue aux père et mère. Elle doit leur permettre d'assister l'enfant, et non les autoriser à satisfaire leurs désirs personnels. De ce point de vue, l'autorité parentale a une importance particulière. C'est pour cette raison qu'elle est finalisée vers l'intérêt de l'enfant, afin d'organiser et de structurer juridiquement les relations familiales, bien qu'elle demeure toujours susceptible d'abus si elle est détournée de sa finalité³. L'autorité parentale rend les parents responsables de l'enfant. Mais « *pour responsabiliser les parents, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité ; il convient d'insister sur les pouvoirs qui leur appartiennent pour mener à bien leur mission : il y a responsabilité parce qu'il y a autorité* ». Il paraît donc « *aujourd'hui important de réaffirmer cette autorité, moins peut-être à l'égard des enfants ou des tiers qu'à l'égard des parents eux-mêmes* »⁴. L'autorité parentale n'est pas un moyen pour les père et mère de satisfaire leurs

¹ SARTRE (J.-P.), *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, [1943], coll. Tel, Paris : Gallimard, 1976, rééd. 2012, p. 598.

² ROUSSEAU (J.-J.), *op. cit.*, [1762], Paris : Flammarion, 2009, p. 123.

³ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, Paris : Flammarion, 1996, p. 236.

⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 74.

revendications et désirs personnels. C'est ce qui justifie le contrôle du choix de l'identité de l'enfant (§ 1) et de l'organisation des relations de l'enfant avec des tiers, qui constitue parfois un prétexte à la création d'une parentalité dans l'intérêt des adultes (§ 2).

§ 1/ Le contrôle du choix de l'identité de l'enfant

537. La transmission entre générations : un élément fondamental du droit de la famille. – Si l'enfant fait la famille, il est nécessaire de constater que l'existence de la cellule familiale est assurée par la transmission entre générations du nom, de la mémoire, du patrimoine matériel et symbolique, mais aussi d'une culture¹. La « transmission », c'est « *l'action de transmettre, le résultat de cette action* »². L'usage juridique du terme définit la « transmission » comme « *toute opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre soit par la volonté, soit en vertu de la loi* »³. La transmission entre générations désignerait donc « *un transfert d'un point à un autre sur la ligne directe de la parenté, et a priori dans le sens descendant* »⁴. L'irruption et le développement des « droits à » ont modifié les règles gouvernant la transmission entre générations. Ces éléments posent la question de la responsabilité des parents, notamment lorsqu'ils décident de l'identité de l'enfant. Celle-ci est devenue l'enjeu de conflits interindividuels, ce qui a modifié les rapports familiaux existants vers une logique d'affrontement, parfois au détriment de l'intérêt de l'enfant et de la paix des familles. Or, transmettre des valeurs, un nom, une identité à l'enfant, c'est lui permettre « *de structurer sa personnalité et donc d'insérer sa personne dans la société* »⁵. La transmission d'une identité de l'enfant fait de lui un être social. Cette responsabilité qui incombe aux parents justifie un encadrement de leur liberté. Le juge est ainsi susceptible d'intervenir lorsque les parents choisissent le nom (A) et le prénom (B) de l'enfant, afin que l'identité déterminée par ses auteurs ne lui préjudicie pas. La décision parentale ne doit pas constituer un don pesant pour le mineur.

¹ Sur cette question, voir : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005.

² *Dictionnaire de la langue française* Emile LITTRE, V^o transmission.

³ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o transmission.

⁴ LEVENEUR (L.), « Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 181.

⁵ LEVENEUR (L.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 181.

A/ L'office du juge et le nom de l'enfant

538. L'existence d'un conflit parental quant au choix du nom de l'enfant : l'absence d'intervention du juge. – La réforme relative à la dévolution du nom de famille a mis en évidence la possibilité d'un conflit entre les parents quant au choix du nom du mineur. Cela est d'autant plus vrai que ce conflit peut être alimenté par l'intervention d'autres membres de la cellule familiale comme les grands-parents. L'enfant est alors un objet de possession puisque les parents n'arrivent pas à s'accorder sur le nom du mineur, c'est-à-dire à établir son appartenance à la famille. Compte tenu de cette difficulté, le législateur a envisagé l'hypothèse où les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord relativement au choix du nom de famille de l'enfant¹. Ainsi, « *en cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique* »². Cette règle n'aura toutefois vocation à s'appliquer que si l'un des parents avertit l'officier de l'état civil de l'existence du désaccord. Elle permet d'attribuer à l'enfant un nom en préservant l'équilibre des intérêts individuels en présence. La solution permet de manifester la double appartenance de l'enfant à ses père et mère³. Il est cependant possible que le nom de l'enfant ne corresponde pas au choix des parents⁴. Il se peut même qu'il soit le choix d'un seul parent. La mère a la faculté de choisir seule le nom de famille du mineur (1), ce qui pourrait conduire à une procédure en changement de nom sur le fondement de l'article 61 du Code civil (2).

1/ L'incomplétude de l'encadrement judiciaire de la volonté maternelle

539. L'omission de la déclaration conjointe. – Le 22 mars 2012, le tribunal de grande instance de Bordeaux a estimé que la faculté de choix par déclaration conjointe doit être maintenue dès lors que la filiation du mineur a été établie avant sa naissance et malgré l'absence

¹ L. n° 2013-404 précitée.

² Art. 311-21, al. 1^{er} C. civ.

³ Le recours au nom d'usage ne peut se faire sans l'accord des parents. Cela signifie que l'un des deux parents ne peut adjoindre seul à titre d'usage son nom à celui de l'autre, sans recueillir préalablement son consentement. Le juge peut toutefois autoriser cette adjonction (Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 2009, *Bull. civ. I*, n° 42). C'est notamment le cas pour que les enfants d'une fratrie puisse porter le nom du père si la mère refuse absolument de réaliser une déclaration conjointe après la reconnaissance de l'enfant par le père (CA Versailles, 31 janvier 2013, RG n° 12/03251). Les enfants ne pourront cependant pas assurer la transmission du nom de famille du père.

⁴ FOURNIER (S.), FARGE (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 231.112.

de déclaration conjointe¹. Dans cette espèce, l'enfant avait été déclaré sous le nom de sa mère à sa naissance, mais les services de l'état civil s'avisèrent de l'existence d'une reconnaissance prénatale paternelle faite à l'insu de la mère. Le parquet présenta donc une requête aux fins de substitution du nom du père à celui de la mère, car la filiation paternelle avait été établie antérieurement au lien de parenté maternel. Les parents sollicitèrent alors la transmission de leurs deux noms accolés à l'enfant, ce qu'a admis la juridiction bordelaise. Cette dernière a comblé les lacunes de la loi en faisant appel aux principes de non-discrimination et d'égalité. Il est fort probable que cette décision se soit inspirée d'une proposition de loi tendant à permettre aux parents, dont la double filiation est établie à l'égard de l'enfant, de procéder à une déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil². Cette solution rendue par la juridiction de première instance de Bordeaux n'est toutefois pas unanime en jurisprudence. La cour d'appel de Grenoble a refusé d'admettre l'adjonction du nom de la mère à celui du père, lorsque la mère prétendait que l'officier de l'état civil avait omis de leur présenter la déclaration conjointe. Dans cette espèce, bien que les enfants aient été reconnus simultanément par leurs père et mère avant leur naissance, la déclaration conjointe de choix de nom n'a été établie ni lors de la déclaration de naissance ni postérieurement par application de l'article 311-21 du Code civil. Les enfants doivent dès lors porter le nom paternel³. De même, la cour d'appel d'Agen a décidé que le mineur devait porter le nom de famille du père, dès lors que les parents avaient déclaré la naissance de l'enfant de manière simultanée sans utiliser l'option qui leur était donnée par l'article 311-21 du Code civil. La demande de la mère d'adjoindre son nom à celui du père a ainsi été rejetée⁴. Les règles relatives à la dévolution du nom de famille paraissent donc présenter une certaine rigidité à laquelle les juridictions ne semblent pas en mesure de remédier.

540. La rigidité des règles de dévolution du nom de famille. – Les réformes législatives relatives à la dévolution du nom de famille ont placé la volonté parentale au cœur du dispositif, afin de satisfaire les revendications individuelles et assurer une égalité entre l'homme et la femme⁵. Les différentes législations intervenues depuis 2002⁶ ont néanmoins conduit à une certaine rigidité qui profite principalement à la volonté maternelle. Madame CICLE-DELFOSSÉ

¹ TGI Bordeaux, 22 mars 2012, RG n° 11/09849 ; *RTD civ.*, 2012, p. 504, obs. HAUSER (J.).

² *Proposition de loi n° 3222 visant à modifier les règles de dévolution du nom de famille des enfants nés hors mariage*, Doc. AN, XIII^{ème} législature.

³ CA Grenoble, 16 octobre 2012, Jurisdata n° 2012-023629 ; *contra*. CA Bastia, 26 mars 2008, Jurisdata n° 2008-360935, cité par CICLE-DELFOSSÉ (M.-C.), précité, *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

⁴ CA Agen, 2 juillet 2009, Jurisdata n° 2009-009244.

⁵ CICLE-DELFOSSÉ (M.-C.), précité, *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

⁶ L. n° 2002-304 précitée ; L. n° 2003-516 précitée ; Ord. n° 2005-759 précitée ; L. n° 2009-61 précitée ; L. n° 2013-404 précitée.

constate ainsi « *que l'équilibre entre libéralisme et encadrement législatif demeure à repenser* »¹. Les règles du droit positif s'avèrent impuissantes pour faire obstacle à la volition de la femme de transmettre uniquement son nom de famille à l'enfant (a), ce qui justifierait le rétablissement d'une faculté de changement judiciaire du nom du mineur afin que soit celui-ci protégé contre la volonté de la mère d'écartier le nom de famille du père (b).

a/ L'insuffisance des règles de droit positif

541. L'éviction du nom du père marié par la volonté maternelle. – La filiation du père marié s'établit à l'égard de l'enfant par le jeu de la présomption de paternité². Or, celle-ci peut être écartée si l'épouse n'indique pas son nom dans l'acte de naissance de l'enfant³ et procède à une reconnaissance de maternité⁴. L'enfant porte alors le nom de sa mère⁵. L'acte de naissance de l'enfant ne désigne effectivement pas le mari en qualité de père⁶. Il est néanmoins possible que le lien de filiation du mineur soit ensuite établi à l'égard du mari, mais postérieurement à l'établissement de l'acte de naissance. Le nom de l'enfant n'a donc pas été choisi par les époux. De ce point de vue, la mère peut décider unilatéralement du nom du mineur, ce qui ferait de lui une victime de sa famille et le priverait d'un lien avec son père. C'est pourquoi l'établissement de la filiation paternelle postérieurement à la naissance de l'enfant devrait permettre l'application de l'article 311-23, alinéa deuxième du Code civil. Il faut néanmoins que les parents s'accordent sur une déclaration conjointe pour modifier le nom de l'enfant, ce qui ne sera pas nécessairement le cas si la filiation est établie de manière non contentieuse. L'enfant conservera alors le nom de famille de sa mère sauf à ce que la filiation soit établie judiciairement en application de l'article 331 du Code civil⁷, ou à ce que le père marié reconnaisse l'enfant avant sa naissance et antérieurement à toute reconnaissance de la mère.

Cette seconde hypothèse paraît théorique, car il est évident que la femme aura connaissance de sa grossesse avant l'homme. Elle peut donc reconnaître l'enfant avant le père. L'enfant portera son nom de famille en l'absence de déclaration conjointe lors de l'établissement de l'acte de naissance⁸. Enfin, il est aussi probable qu'il n'y ait pas d'établissement simultané des liens de parenté après la naissance du mineur, ce qui prive à nouveau l'homme marié de toute

¹ CICLE-DELFOSE (M.-C.), précité, *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

² Art. 312 C. civ.

³ Art. 311-25 C. civ.

⁴ Art. 316 C. civ.

⁵ Art. 311-23, al. 1^{er} C. civ.

⁶ Art. 313 C. civ.

⁷ *Infra.* § 543.

⁸ Art. 311-21, al. 1^{er} C. civ.

possibilité pour transmettre son nom à l'enfant. Ce sera également le cas si le père non marié reconnaît l'enfant avant la naissance¹, mais que la mère ne l'informe pas de la naissance du mineur pour procéder à une déclaration conjointe.

542. L'éviction du nom du père séparé de la mère. – Malgré l'établissement du double lien de filiation par des reconnaissances successives de maternité et de paternité avant la naissance², il est possible que l'enfant ne porte que le nom de sa mère dès lors qu'elle est séparée du père. En effet, si dans cette situation les parents sont en mesure d'exercer leur faculté de choix, le double lien de filiation étant établi préalablement à la naissance, il apparaît nécessaire que le père soit informé de cette dernière. Dans le cas contraire, la mère peut priver l'enfant du nom de son père puisqu'il n'existe pas de déclaration conjointe lors de la déclaration de naissance. L'ignorance par le père de la naissance de l'enfant ne permet pas la déclaration conjointe, nonobstant l'existence d'un double lien de filiation établi antérieurement à la naissance. La possibilité d'une déclaration conjointe demeure ainsi théorique si les parents sont séparés³. En outre, les règles de l'article 311-23 du Code civil sont inapplicables puisque la filiation paternelle a été établie avant la naissance et non après. Cette disposition ne concerne que l'établissement successif de la parenté et non l'établissement de la filiation avant la naissance ou après celle-ci, mais simultanément. Par conséquent, même si les parents s'accordent pour modifier le nom de l'enfant, il n'est pas possible de recourir à une déclaration conjointe. L'article 311-21 du Code civil ne prévoit pas une telle faculté⁴. La volition de la femme permet à nouveau de priver l'enfant de la possibilité d'avoir le nom de son père. La cour d'appel de Rennes a ainsi appliqué strictement l'article 311-21 du Code civil. La mère qui a établi, avant la naissance de l'enfant, sa filiation en première transmet automatiquement son nom à l'enfant, peu importe qu'elle ait tenté d'évincer le père biologique au moyen d'une reconnaissance mensongère de paternité par son nouveau mari⁵.

Il existe un risque que l'enfant ne soit pas intégré dans sa famille paternelle s'il n'est pas fait droit au changement de nom sollicité par le père en justice. C'est également le cas si le lien de filiation paternel est établi postérieurement à celui de la mère après la déclaration de naissance.

¹ Art. 316 C. civ.

² Art. 316 C. civ.

³ HAUSER (J.), « Nom : changement volontaire, judiciaire ou administratif ? (CE, 8 mars 2012, n° 342126, *De Chaisemartin, Daunay (M^{me})*, au Lebon ; AJDA 2012. 523 ; AJ fam. 2012. 287, obs. M. Lambert - TGI Bordeaux, 22 mars 2012, n° 11/09849, AJ fam. 2012. 289, obs. S. B.) », *RTD civ.*, 2012, p. 504.

⁴ CICLE-DELFOSE (M.-C.), précité, *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

⁵ CA Rennes, 11 février 2014, Jurisdata n° 2014-005706.

En l'absence d'établissement simultané du lien de parenté après la naissance¹, c'est effectivement l'article 311-23 du Code civil qui s'applique. L'enfant prend le nom de sa mère. Ainsi, des juridictions du fond ont considéré que par application de l'article 311-23 précité, à défaut d'accord de la mère, le père devait être débouté de sa demande que l'enfant prenne le double nom de sa mère et de son père. Seule une déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil l'aurait permis². Au contraire, en se fondant sur la CIDE, la cour d'appel de Caen a écarté une lecture restrictive des dispositions de l'article 311-23 du Code civil qui n'apparaît pas conforme à l'intérêt de l'enfant en estimant que le mineur n'a pas à porter le nom de sa mère, laquelle, repartie vivre au Nigéria en décembre 2009, ne s'est depuis jamais manifestée auprès de sa fille. Elle a considéré que la CIDE, qui a une autorité supérieure à la loi, justifie que les décisions concernant l'enfant soient impérativement rendues en considération de l'intérêt supérieur de celui-ci, fût-ce au prix d'une mise à l'écart des dispositions légales contraires³. La décision des premiers juges a été censurée, en ce qu'ils ont considéré que la substitution du nom paternel au nom maternel est impossible en l'absence de manifestation de la mère. Selon eux, la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil prévue à l'alinéa deuxième de l'article 311-23 du Code civil ne pouvait être réalisée, ce qui interdisait toute modification du nom de l'enfant. Quant à la cour d'appel de Douai, elle a simplement constaté que la mère, après avoir dissimulé la naissance de l'enfant au père, faisait obstacle à ce qu'il puisse être fait application des dispositions de l'article 311-23 du Code civil pour dire que l'enfant portera désormais le nom de son père⁴.

543. Le recours aléatoire à l'article 331 du Code civil. – L'article 331 du Code civil autorise un changement de nom de l'enfant lors de l'établissement judiciaire de la filiation paternelle. La Cour de cassation saisie pour avis a estimé, sur le fondement de cette disposition, que les tribunaux de grande instance sont compétents pour statuer sur l'attribution du nom de

¹ Art. 311-21, al. 1^{er} C. civ.

² CA Paris, 27 mai 2010, Jurisdata n° 2010-012991 – CA Lyon, 6 décembre 2010, Jurisdata n° 2010-029202 – CA Montpellier, 9 novembre 2011, Jurisdata n° 2011-028890.

³ CA Caen, 13 février 2014, Jurisdata n° 2014-007820 (la juridiction de second degré considère que l'intérêt de l'enfant aujourd'hui âgée de 7 ans, qui vit auprès de son père depuis décembre 2009, lequel exerce seul à son égard l'autorité parentale, qui a manifesté sa volonté de l'éduquer au sein de la communauté familiale et qui constitue désormais, compte tenu de l'absence complète de sa mère depuis quatre ans, le seul adulte référent auprès d'elle, est de porter le nom de son père ; cette décision est le résultat de l'annulation de la reconnaissance mensongère faite par le compagnon de la mère et l'établissement de la filiation paternelle).

⁴ CA Douai, 28 février 2013, Jurisdata n° 2013-003646 (la juridiction du second degré relève également que la mère n'a pas établi en quoi le fait pour l'enfant de porter le nom de son père lui porterait préjudice alors qu'il n'est âgé que de quatre ans, et ce même si depuis sa naissance il est connu sous le seul nom de l'auteur de la reconnaissance mensongère, la situation ne résultant que de son seul fait). Voir également : CA Rouen, 22 septembre 2011, Jurisdata n° 2011-021397 (le nom du père a été judiciairement accolé à celui de la mère, car il est manifeste qu'un nouveau changement de nom ne pourrait que perturber davantage la mineure alors qu'elle se trouve prise dans un conflit familial au cours duquel elle a vu s'effacer celui qu'elle prenait pour son père au profit de son père biologique qu'elle ne connaissait pas auparavant ; l'enfant porte le nom de ses deux parents accolés).

l'enfant en cas de désaccord entre les parents et peuvent décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu, au nom porté jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre¹. Par conséquent, l'établissement judiciaire postérieur de la filiation de l'enfant à l'égard de son père permet de rétablir un équilibre entre les intérêts en présence, mais celui-ci demeure aléatoire². Si le changement de nom est admis, l'adjonction du nom du père à celui de la mère garantirait au mineur la double appartenance à la famille de sa mère et de son père³. La substitution du nom du père à celui de la mère permettrait également d'inscrire l'enfant dans la lignée du père, notamment s'il refuse d'assumer sa paternité. C'est le sens d'un arrêt de la cour d'appel de Besançon. Dans cette espèce, la juridiction de second degré a jugé qu'« *un enfant a besoin, au-delà des intérêts particuliers des adultes, de connaître ses origines et son mode de filiation pour pouvoir se construire sur le plan psychique* ». Elle a estimé que si le père « *refuse d'assumer sa paternité, l'intérêt supérieur de sa fille commande qu'elle puisse, malgré ce désintérêt, d'une part s'inscrire dans une lignée paternelle et dans ses racines et d'autre part posséder un état civil dont l'apparence reflète au moins sur le plan symbolique une réalité de sa filiation paternelle, et ce, sans dissimulation* »⁴. *A contrario*, le père qui envisage d'assumer sa paternité peut obtenir le changement de nom alors même que la mère a souhaité obtenir l'exclusivité de l'enfant. Le mineur portera alors uniquement le nom paternel⁵, ce qui peut s'apparenter à une sanction de la volition maternelle d'écarter le père.

b/ Le rétablissement d'une faculté de changement judiciaire du nom

544. Le remède potentiel à l'immodération de la volonté maternelle en cas d'établissement non simultané du lien de filiation. – En l'absence d'établissement judiciaire de

¹ Cass. avis, 13 septembre 2010, n° 10-00.004 ; *Bull. avis*, n° 4.

² Pour un enfant né après le 1^{er} janvier 2005 : CA Colmar, 31 octobre 2012, RG n° 11/04281 (changement de nom refusé) – CA Paris, 7 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-002048 (changement de nom refusé). Solution identique pour un mineur né avant le 1^{er} janvier 2005 : CA Amiens, 10 mars 2010, Jurisdata n° 2010-004813 (changement de nom admis) – Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 2011, n° 10-14.144 (changement de nom refusé) – CA Nancy, 29 juin 2012, Jurisdata n° 2012-023169 (changement de nom admis).

³ CA Bordeaux, 6 septembre 2012, Jurisdata n° 2012-019644 (le nom du père a été accolé à celui de la mère, car l'intérêt de l'enfant est de voir reconnaître socialement la paternité et de s'inscrire, en tant qu'enfant, dans sa filiation paternelle) – CA Versailles, 7 février 2013, Jurisdata n° 2013-001747 (adjonction du nom paternel à celui de la mère dès lors que l'enfant en a exprimé le désir).

⁴ CA Besançon, 8 février 2013, RG n° 12/00782. *Contra*. : CA Pau, 7 janvier 2013, RG n° 11/04739 (la mère est déboutée de sa demande d'adjonction du nom du père, étant donné qu'aucun lien affectif n'a été tissé entre les deux enfants et le père ou avec la branche paternelle).

⁵ CA Nîmes 11 mars 2009, Jurisdata n° 2009-004135 (octroi du nom du père à l'enfant dès lors que ce dernier a un frère qui porte le nom paternel) – CA Nancy, 29 juin 2012, Jurisdata n° 2012-023169 (accord parental).

la filiation, il n'existe aucune possibilité pour le père de donner son nom de famille dès lors que la femme refuse de procéder à une déclaration conjointe lorsque les liens de parenté ne sont pas établis simultanément¹. Cette solution est critiquable, étant donné que le législateur n'a pas prévu de dispositions permettant de résoudre l'opposition des parents dans cette situation² même si des propositions de loi ont été déposées en ce sens³. Dans pareille hypothèse, l'individualisme des père et mère ne devrait pas prévaloir sur l'intérêt de l'enfant à porter le nom de ses deux parents⁴. Un nouvel alinéa troisième rédigé en ce sens pourrait être introduit à l'article 311-23 du Code civil : « lorsque la déclaration conjointe prévue à l'alinéa précédent n'a pas pu être faite en raison du désaccord entre les parents, le changement de nom de l'enfant doit être demandé au juge aux affaires familiales, qui se prononce en considération de l'intérêt de l'enfant. Si le changement de nom est autorisé, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. L'action est ouverte aux parents durant la minorité de l'enfant⁵ et au mineur dans les deux ans suivants sa majorité ». Avec cette proposition, le parent dont la filiation a été établie en second après la naissance de l'enfant dispose d'un moyen, afin que son nom de famille soit attribué à l'enfant sous le contrôle du juge. Il peut ainsi matérialiser l'appartenance de l'enfant à la branche paternelle de sa famille⁶, même si le principe de l'immutabilité du nom est susceptible d'être remis en cause. Quoiqu'il en soit, les mineurs dont la filiation a été établie successivement, pour l'une au moins après la déclaration de naissance, ne seraient plus « *laissés pour compte* »⁷ en cas de désaccord parental.

545. Le remède potentiel à l'immodération de la volonté maternelle en cas d'établissement simultané du lien de filiation. – Cette proposition de droit prospectif ne règle pas la question de la filiation paternelle ignorée par la mère dans le cadre de l'article 311-21 du

¹ Art. 311-23, al. 2 C. civ.

² Position critique : MASSIP (J.), « Le nouveau droit de la filiation (suite et fin) », *Defrénois*, 2006, art. 38324, p. 209.

³ *Proposition de loi n° 3122 visant à rétablir l'action de changement de nom en cas de seconde filiation*, Doc. AN, XIII^{ème} législature ; *Proposition de loi n° 3222 visant à modifier les règles de dévolution du nom de famille des enfants nés hors mariage*, Doc. AN, XIII^{ème} législature.

⁴ En ce sens : HAUSER (J.), « L'abrogation de l'article 334-3 ancien du code civil par l'ordonnance du 4 juillet 2005 (Nîmes, 7 mars 2007, JCP 2007. IV. 2721) », *RTD civ.*, 2007, p. 752.

⁵ Il convient de noter que la règle du dernier alinéa de l'article 311-23 du Code civil s'appliquera dans cette situation. Le consentement du mineur est requis.

⁶ A cet égard, il est possible de relever un arrêt de la cour d'appel de Toulouse rendu sous l'empire des dispositions applicables avant le 1^{er} janvier 2005. Au visa de l'ancien article 334-3 du Code civil, la juridiction du second degré a décidé de substituer le nom du père à celui de la mère dans l'intérêt de l'enfant. En effet, l'enfant vit depuis sa naissance avec sa mère et le compagnon de celle-ci. Pour les magistrats, le changement de nom lui permettra de mieux s'identifier au père (CA Toulouse, 19 février 2008, Jurisdata n° 2008-358630). Néanmoins, ce texte ne permet d'adjoindre le nom du père à celui de la mère, même si la femme séparée de l'homme en formule la demande (Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 2010, *Bull. civ. I*, n° 3).

⁷ FOURNIER (S.), FARGE (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 231.181.

Code civil. L'établissement de la filiation maternelle et paternelle antérieurement à la naissance du mineur et au plus tard au jour de la déclaration de naissance permet, en théorie, l'exercice d'une option pour le choix du nom de famille de l'enfant. Il a été précédemment vu que l'absence de déclaration conjointe des parents favorise la volonté maternelle quant au choix du nom¹. Une modification de l'article 311-21 du Code civil permettrait de prendre en considération l'hypothèse où le désaccord des parents n'a pas été signalé à l'officier de l'état civil en application de l'alinéa premier de l'article 311-21 du Code civil². C'est pourquoi il convient de donner aux parents la possibilité de modifier le nom de famille de l'enfant si le droit d'option n'a pas été exercé.

Une règle similaire à celle de l'alinéa deuxième de l'article 311-23 du Code civil pourrait être formulée à l'article 311-21 du même Code. Un nouvel alinéa deuxième pourrait ainsi être créé : « lorsqu'il n'a pas été usé de la faculté offerte par l'alinéa premier, les parents, dont la filiation a été établie à l'égard de l'enfant au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil durant la minorité de l'enfant³, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu avant sa naissance ou celui de la mère si la filiation a été établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Le changement de nom est mentionné en marge de l'acte de naissance ». Comme pour l'article 311-23 précédemment proposé, l'opposition des parents au changement du nom de l'enfant serait subsidiairement soumise au juge⁴. Cet alinéa serait alors complété en ce sens : « en cas de désaccord des parents, lorsque la déclaration conjointe prévue à l'alinéa précédent n'a pas pu être faite, nonobstant l'établissement la filiation de l'enfant avant sa naissance à l'égard de ses père et mère ou par la suite mais simultanément, le changement de nom de l'enfant doit être demandé au juge aux affaires familiales, qui se prononce en considération de l'intérêt de l'enfant. Si le changement de nom est autorisé, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. L'action est ouverte aux parents durant la minorité de l'enfant⁵ et au mineur dans les deux ans suivants sa majorité »

546. L'intérêt de l'enfant au changement de nom. – En l'état actuel du droit positif, cette situation « *risque de relancer la course-poursuite entre parents pour reconnaître l'enfant le*

¹ *Supra.* § 403-404.

² *Supra.* § 538.

³ Il convient de noter que la règle du dernier alinéa de l'article 311-23 du Code civil s'appliquera dans cette situation. Le consentement du mineur est requis.

⁴ *Supra.* § 544.

⁵ A nouveau, le consentement du mineur est requis (art. 311-21 C. civ. modifié).

premier et les discussions en cas de reconnaissances très rapprochées, voire de reconnaissance(s) prénatale(s) mais sans que le père soit averti de la naissance »¹. Cela risque en outre de porter préjudice à l'enfant si les juridictions appliquent à la lettre l'article 311-21 du Code civil. En effet, s'il s'avère que la reconnaissance paternelle est antérieure à la naissance ou à la reconnaissance maternelle, le nom du père sera substitué à celui de la mère². Dans ce cas, de quelle manière l'enfant pourra-t-il se construire une identité si son nom de famille est modifié au cours de sa minorité ? Est-il pertinent de modifier l'état civil de l'enfant pour satisfaire la volition du père ? L'intérêt de l'enfant ne commanderait-il pas de maintenir le nom de la mère, alors même qu'elle est à l'origine de la situation ? L'allocation de dommages-intérêts au père ne permettrait-il pas de sanctionner la mère sans que l'intérêt de l'enfant ne soit lésé ? En ce sens, le Conseil d'Etat a rendu une décision³ qui « met fin aux dérives parentales en matière de nom de famille » puisque « le nom de l'enfant ne peut être indéfiniment modifié au gré des tergiversations de leurs parents »⁴. Les revendications familiales ne peuvent justifier des modifications incessantes du nom du mineur⁵. L'état civil ne peut dépendre uniquement de la volonté des parents au risque d'un détournement de la procédure de changement de nom.

¹ LAROCHE-GISSEROT (F.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2014, § 42.

² Dans l'espèce soumise au tribunal de grande instance de Bordeaux, l'enfant a pris le nom de sa mère en raison de la reconnaissance prénatale qu'elle avait effectuée. Or, le père avait réalisé une reconnaissance prénatale antérieure à celle de la mère. Le procureur de la République a donc saisi le tribunal de grande instance de Bordeaux d'une requête aux fins de substitution du nom du père à celui de la mère, la filiation paternelle ayant été établie en premier à l'égard du père et les parents n'ayant pas usé de la faculté de choisir le nom de l'enfant. La juridiction du fond a néanmoins accueilli la déclaration conjointe des parents, qui ont choisi pour le nom de famille de l'enfant leurs deux noms accolés. Les magistrats ont justifié leur position au regard du principe d'égalité et de non-discrimination pour pallier les imperfections de la loi relatives à l'attribution du nom de l'enfant, notamment quant à son choix et à sa modification à l'initiative des parents au cours de la minorité de l'enfant. Ils ont fait une application combinée des articles 311-21 et 311-23 du Code civil. En effet, il existerait une inégalité de traitement s'il était refusé, pendant la minorité de l'enfant, la faculté de changement de nom offerte par l'article 311-21 aux parents d'un mineur dont la double filiation est établie au moment de la déclaration de naissance, mais pour lequel les père et mère n'ont pas pu exercer l'option prévue par l'article 311-21 au moment de la déclaration de naissance, et les enfants dont la filiation est établie après la déclaration de naissance, pour lesquels les parents peuvent sur le fondement de l'article 311-23, faire une déclaration conjointe de changement de nom à tout moment au cours de la minorité de l'enfant (TGI Bordeaux, 22 mars 2012, RG n° 11/09849 ; *RTD civ.*, 2012, p. 504, obs. HAUSER (J.)).

³ CE, 2^e et 7^e ss.-sect. réunies, 8 mars 2012, n° 347240.

⁴ CORPART (I.), « Le nom de l'enfant ne peut être indéfiniment modifié au gré des tergiversations de leurs parents, obs. sur CE, 8 mars 2012, n° 347240 »), *RJPF*, 2012-7.8/8.

⁵ L'enfant est né de parents non mariés en 1995. Il porte le nom de sa mère en raison de l'établissement du lien de filiation maternel en premier. Les parents se marient et l'enfant légitimé par le mariage prend le nom du père. Les parents profitent des dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002 (L. n° 2002-304 précitée ; *supra*. § 400). Ils procèdent à une déclaration conjointe afin d'adopter le nom de la mère à celui du père. En 2005, les parents, sur le fondement de l'article 61 du Code civil, sollicitent une inversion de l'ordre des noms de l'enfant auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice. Ce dernier refuse, les parents forment un recours devant le tribunal administratif. Au terme de la procédure, le Conseil d'Etat ne fait pas droit à leur requête. Il annule la décision de la cour administrative d'appel qui a donné gain de cause aux parents (CE, 2^e et 7^e ss.-sect. réunies, 8 mars 2012, n° 347240).

2/ Le changement de nom par la procédure administrative

547. Le détournement de la procédure de changement du nom de l'enfant par la volonté des parents. – La procédure de changement de nom est organisée aux articles 61 à 61-4 du Code civil¹. Elle est strictement encadrée par le législateur qui conditionne cette possibilité à l'existence d'un motif légitime². Cette procédure avait pour objet de permettre à un individu d'échapper à un nom ridicule ou négativement connoté par la renommée qui a été attribuée à son auteur tristement célèbre³. Certains parents ont néanmoins tenté d'utiliser cette voie pour faire porter à leur enfant un nom qui corresponde davantage au rattachement de l'enfant à une famille⁴. *A priori*, le Conseil d'Etat ne semble pas opposé à une telle pratique. Le 8 mars 2012, la Haute juridiction administrative a approuvé le rejet d'une demande tendant à un changement de nom qui consistait à substituer le nom de la mère à celui du père, car « *il n'est fait état d'aucune circonstance exceptionnelle ni d'aucun trouble sérieux que causerait aux enfants l'attribution du nom de leur père* »⁵. *A contrario*, le changement de nom aurait été possible si les parents avaient démontré l'existence de circonstances exceptionnelles. Cela signifie que le changement de nom de l'enfant à la demande de ses parents ne peut être modifié pour de simples convenances personnelles⁶. Le changement de nom peut toutefois être motivé par des circonstances exceptionnelles lorsque les parents ont omis de procéder à une déclaration conjointe. C'est cette situation que le Conseil d'Etat a été amené à juger le 12 décembre 2012⁷. Dans cette espèce, le père omit de déposer une déclaration conjointe mentionnant le choix des parents quant au nom de l'enfant. Ces derniers souhaitaient attribuer à l'enfant leurs deux noms accolés. La Haute juridiction administrative a considéré que l'omission du père de « *procéder à la déclaration conjointe du choix du nom concomitamment à la déclaration de naissance avait été rendue possible par des circonstances de fait particulières, liées aux suites d'un accouchement difficile et à l'absence d'information donnée sur les conséquences irréversibles de l'indication du nom lors*

¹ La Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC relative à l'article 61 du Code civil (Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, n° 11-40.062, QPC ; *RTD civ.*, 2012, p. 86, obs. HAUSER (J.)).

² Art. 61, al. 1^{er} C. civ.

³ FOURNIER (S.), FARGE (M.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 231.181 ; HIRSOUX (J.-P.), « Changement de nom », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 61 à 61-4, fasc. unique, 2012, § 12.

⁴ LAMARCHE (M.), « De la loi du 6 fructidor An II à la certification ISO 9001 des procédures de changement de nom... dans l'intérêt supérieur de l'enfant », *Dr. famille*, 2009, alerte 19.

⁵ CE, 2^e et 7^e ss.-sect. réunies, 8 mars 2012, *De Chaisemartin, Daunay (M^{me})*, n° 342126 ; *RTD civ.*, 2012, p. 504, obs. HAUSER (J.).

⁶ La cour administrative d'appel de Paris a antérieurement jugé que le désir de se conformer aux coutumes et usages sociaux des pays dont sont originaires le père et la mère, afin notamment que leur méconnaissance ne préjudicie pas au mineur, ne suffit pas à justifier d'un intérêt légitime au changement de nom de ce dernier et à l'attribution d'un nom constitué du patronyme des deux parents, dès lors que l'enfant a la seule nationalité française (CAA Paris, 8 novembre 2007, n° 05PA00311 ; Jurisdata n° 2007-366454).

⁷ CE, 2^{ème} et 7^{ème} s.-sect. réunies, 12 décembre 2012, n° 357865 ; *RJPF*, 2013-2/7, obs. CORPART (I.).

de la déclaration de naissance pour le premier enfant d'une fratrie puis pour ses éventuels frères et sœurs », et le fait que « les deux parents avaient entrepris sans délai diverses démarches pour tenter de faire rectifier l'erreur commise par le père de l'enfant lors de la déclaration de naissance » constituaient des circonstances exceptionnelles. En outre, « les parents avaient fait preuve de détermination et de diligence pour tenter de pallier les conséquences, [...] jugées disproportionnées, de l'omission du dépôt de la déclaration conjointe du nom de l'enfant choisi par les deux parents ». Enfin, le motif affectif tiré de ce que la mère « avait la volonté de transmettre son nom, qui est celui de ses parents adoptifs », devait être regardé, dans les circonstances particulières de l'espèce, comme caractérisant un intérêt légitime pour demander le changement du nom de l'enfant. Le Conseil d'Etat a donc bien démontré que la procédure administrative de changement de nom ne devait pas être utilisée à des fins purement familiales¹. Par exemple, le seul désir d'assurer l'unité familiale entre des enfants portant des noms différents est à lui seul inopérant pour constituer l'intérêt légitime nécessaire².

La procédure administrative de changement de nom ne permet pas de revenir sur le choix précédemment réalisé dès lors que les parents unis et d'accord sur le nom originare de l'enfant, se sont ensuite séparés et que l'un d'eux envisagerait de faire disparaître un rattachement qui se déliterait³. En effet, si après la rupture, l'un des parents souhaite que soit effacé le nom de l'autre avec lequel l'enfant n'a plus de lien, il ne peut y parvenir seul. La demande de changement de nom doit émaner des deux parents s'ils exercent l'autorité parentale en commun. De plus, si cette autorité est exercée unilatéralement, l'autorisation du juge aux affaires familiales, exerçant les fonctions du juge des tutelles⁴, est nécessaire⁵. Le recours à cette voie ne doit pas être un moyen pour contourner les règles légales, notamment pour évincer l'appartenance de l'enfant à la famille paternelle⁶. A ainsi été jugé contraire à l'intérêt de l'enfant et rejetée la requête de la mère faisant

¹ CORPART (I.), « Un changement de nom exceptionnel par voie administrative pour corriger l'inattention des parents, obs. sur CE, 2^{ème} et 7^{ème} ss.-sect. réunies, 12 décembre 2012, n° 357865 », *RJPF*, 2013-2/7.

² CAA Paris, 29 septembre 2011, n° 10PA04646.

³ En ce sens : HAUSER (J.) « Nom, changement volontaire et filiation : incohérences et contradictions (Civ. Ire, 12 oct. 2011, n° 11-40.062, inédit, *AJ fam.* 2011. 553, obs. N. Karbia, QPC non retenue - Civ. 1^{re}, 23 nov. 2001, pourvoi n° 10-26.271, inédit) », *RTD civ.*, 2012, p. 86.

⁴ Art. L. 213-3-1 C. org. jud.

⁵ D. n° 94-52 du 20 janvier 1994 relatif à la procédure de changement de nom, *JO*, 22 janvier 1994, p. 1156, art. 2, 7° ; mod. par D. n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO*, 29 décembre 2005, p. 20350. Le retrait de l'autorité parentale permet cependant à l'autre parent de solliciter seul le changement de nom (CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 4 décembre 2009, *M. Parent*, n° 309004).

⁶ Il convient de noter que l'enfant devenu majeur peut solliciter un changement de nom afin que le nom de sa mère soit substitué à celui de son père, notamment si ce dernier a quitté le foyer conjugal et n'a entretenu aucune relation matérielle ou affective avec l'enfant (CAA Paris, 4 octobre 2007, n° 06PA00589 ; dans le même sens, CAA Paris, 26 avril 2007, n° 04PA03543 – CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 31 janvier 2014, *Retterer*, n° 362444 ; *contra*. : CE, 2^e s.-sect., 18 avril 2008, *Garde des Sceaux c/ Duciel*, n° 311447). En effet, les juridictions administratives sont tenues de prendre en considération l'aspect identitaire de la demande du requérant sans omettre de mettre en balance, avec

valoir qu'il est de l'intérêt de l'enfant de changer de nom pour celui de son compagnon afin de s'intégrer dans sa nouvelle famille alors que l'enfant, âgé de neuf ans porte le nom de son père et a le droit de connaître ses origines¹. La Cour de cassation a également confirmé la position d'une juridiction du fond en estimant que la requête en changement du nom de l'enfant procédait manifestement de la volonté persistante de la mère d'exclure le père de la vie de sa fille, ce qui était contraire à l'intérêt de cet enfant². La question se pose alors de savoir si une mère peut procéder seule à un changement administratif de nom, lorsque le père est décédé avant la naissance de l'enfant.

548. La volonté contrariée des parents de réaliser une déclaration conjointe. – La faculté pour des parents de procéder à une déclaration conjointe pour le choix du nom de famille de l'enfant peut parfois s'avérer impossible, notamment en raison du décès prématuré du père lors de la grossesse. Compte tenu de cette situation, la femme ne peut pas procéder à une déclaration conjointe lors de la naissance de l'enfant. Ce dernier ne dispose que d'une filiation maternelle³. Il prend donc le nom de la mère en application de l'alinéa premier de l'article 311-23 du Code civil. L'établissement postérieur de la filiation paternelle par une possession d'état prénatale est en outre sans effet⁴. D'une part, le Code civil prévoit qu'« *en l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu* »⁵. D'autre part, il est impossible de procéder à une déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, afin de choisir le nom du mineur⁶. Le décès du père ne permet pas d'user de cette voie. L'article 61 du Code civil permet cependant à la mère de demander administrativement un changement de nom auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice. La cour administrative d'appel de Paris a ainsi été confrontée à cette situation le 29 mars 2012⁷. Dans cette espèce, le père est décédé le 12 juillet 2005 et l'enfant est né le 12 janvier 2006. Aucune déclaration n'était donc possible, tant sur le

l'intérêt public en jeu, son intérêt primordial (Cour EDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c/ France*, n° 32265/10, § 36).

¹ CA Versailles, 2 décembre 2010, RG n° 10/04520 ; Jurisdata n° 2010-024552 (les juges du fond ont rappelé à la mère que le changement de nom de l'enfant serait sans incidence sur son lien de filiation et maintiendrait intacts les droits et devoirs dont son père dispose à son égard ; confirmation de l'ordonnance du juge des tutelles ayant rejeté la requête de la mère visant à l'autoriser à engager une procédure auprès du garde des Sceaux en changement du nom de son enfant mineur).

² Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, n° 10-26.271 ; *RTD civ.*, 2012, p. 86, obs. HAUSER (J.).

³ L'article 311-21 du Code civil n'est donc pas applicable.

⁴ Art. 317 C. civ.

⁵ Art. 311-25, al. 1^{er} C. civ.

⁶ Art. 311-23, al. 2 C. civ.

⁷ CAA Paris, 29 mars 2012, n° 11PA03975 ; *RJPF*, 2012-9-10/11, obs. CORPART (I.).

fondement de l'article 311-21 du Code civil que de l'article 311-23 du même Code. La mère a fait constater la possession d'état prénatale du père afin que soit délivré un acte de notoriété. En effet, l'alinéa troisième de l'article 317 du Code civil permet la délivrance de cet acte « *dans un délai de cinq ans [...] à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance* ». Par conséquent, la filiation du père est mentionnée sur l'acte de naissance de l'enfant le 8 septembre 2006. Elle saisit ensuite le garde des Sceaux, ministre de la Justice afin d'adjoindre au nom de son fils mineur, celui de son père décédé. Le tribunal administratif confirme la décision rejetant sa demande le 30 juin 2011. La cour administrative d'appel infirme le jugement. Elle estime que la mère « *qui fait valoir le motif affectif tiré de l'intérêt qui s'attache, pour elle-même et pour son enfant, à la transmission à ce dernier du nom de son père, doit être regardée comme établissant l'existence de circonstances exceptionnelles de nature à caractériser l'intérêt légitime justifiant, pour l'application des dispositions précitées de l'article 61 du code civil, qu'il soit dérogé au principe d'immutabilité du nom de famille* ». En d'autres termes, il paraît souhaitable pour la juridiction administrative que l'enfant porte le nom de ses deux parents, ce d'autant plus qu'il n'existait *a priori* aucun litige entre eux quant à la dévolution du nom de famille. En outre, l'adjonction du nom du père à celui de la mère permet de révéler les liens de l'enfant avec la branche paternelle de sa famille. Son appartenance à la famille paternelle est donc assurée de manière symbolique par la transmission du nom. Cette exception apportée à l'immutabilité du nom paraît conforme au droit. La mère n'a pas agi seule et sans contrôle en raison de l'intervention du juge administratif qui a pu veiller au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui n'est pas une victime de sa famille.

B/ L'office du juge et le prénom de l'enfant

549. La résolution du désaccord parental quant au choix du prénom. – L'attribution d'un prénom à l'enfant dépend du choix familial¹, en particulier des parents. Or, il est possible d'envisager que les parents ne soient pas d'accord sur le prénom à donner à l'enfant, voire que l'un d'entre eux donne à l'enfant un prénom sans le consentement de l'autre². Dans ce cas, il revient au juge aux affaires familiales de trancher le désaccord parental. En effet, ce juge peut être amené à intervenir, car un parent ne peut pas déterminer seul le prénom de l'enfant et imposer à

¹ TEYSSIE (B.), *op. cit.*, Paris : Litec, 15^{ème} éd., 2014, § 322.

² Cela suppose que la filiation de l'enfant soit établie à l'égard de ses deux parents, qui exercent en commun l'autorité parentale (art. 372 C. civ.).

l'autre ce choix. Le choix du prénom n'est pas un acte usuel de l'autorité parentale¹. Si le Code civil n'évoque pas explicitement cette hypothèse, le juge aux affaires familiales est pourtant l'autorité publique compétente pour régler un litige familial, et plus encore un litige relatif à l'exercice de l'autorité parentale². Outre que le juge aux affaires familiales peut se prononcer sur des aspects relatifs à sa personne, l'élargissement actuel de ses missions³ lui permet de statuer sur des questions relatives à l'état civil de l'enfant, notamment son prénom⁴, comme à d'autres aspects de sa personne⁵. La mission du juge aux affaires familiales n'est pas limitée au désaccord parental. Il peut être amené à attribuer des prénoms à un enfant. Dans le cadre d'une action en suppression des prénoms choisis par les parents, le juge peut octroyer un nouveau prénom à l'enfant si les parents refusent d'exprimer un choix subsidiaire⁶. Même si par la suite l'attribution judiciaire du prénom pourra être remise en cause au moyen d'une requête en changement de prénom⁷, il apparaît ici que la mission du juge est considérable. Son intervention est cependant conditionnée par l'intervention de l'officier de l'état civil dans le choix du prénom (1). Ce n'est qu'ensuite que l'office du juge aux affaires familiales permettra d'exercer un contrôle sur la décision parentale⁸ (2).

1/ L'intervention préalable de l'officier de l'état civil

550. Le pouvoir d'appréciation conféré à l'officier de l'état civil. – L'officier de l'état civil est la « *personne chargée par la loi de tenir les registres officiels de l'état civil, d'y dresser et signer les actes ainsi que d'en délivrer des copies et extraits* »⁹. En principe, il s'agit du maire de la commune. Avec la loi du 11 Germinal an XI, le contrôle du choix du prénom s'effectuait *a priori*. Cela signifiait qu'aucun prénom ne pouvait être enregistré si le choix parental n'était pas conforme à la loi. Aujourd'hui, ce contrôle s'effectue *a posteriori*. L'officier de l'état civil est tenu de porter immédiatement les prénoms choisis sur l'acte de naissance de l'enfant¹⁰. Néanmoins, si « *ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui*

¹ Art. 372-2 C. civ.

² Sur ce point, il doit veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs (art. 373-2-6 C. civ. ; art. 1074-1 C. pr. civ.).

³ Art. L. 213-3 et L. 213-3-1 C. org. jud. ; art. L. 312-1, 2° C. org. jud.

⁴ Art. 1074 C. pr. civ.

⁵ LAROCHE-GISSEROT (F.), précité, *AJ fam.*, 2012, p. 307. Egalement : MARIE (C.), « Actes de l'état civil – Changement de prénom », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 60, fasc. unique, 2012, § 8.

⁶ Art. 57, al. 4 C. civ.

⁷ Art. 60 C. civ.

⁸ Sur cette question : HILGER (G.), « L'office du juge et le prénom », *Petites Affiches*, 13 juin 2013, n° 118, p. 5.

⁹ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V° officier de l'état civil.

¹⁰ Art. 57, al. 2 C. civ. Cette disposition prévoit également que si les parents ne sont pas connus, l'officier de l'état civil attribue à l'enfant trois prénoms dont le dernier tient lieu de nom de famille à l'enfant.

paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République »¹. Il existe donc un paradoxe. L'officier de l'état civil ne peut pas refuser d'inscrire un prénom sur l'acte de naissance², mais il doit simultanément apprécier si le prénom choisit porte atteinte à l'intérêt de l'enfant ou au nom de famille de tiers. Selon Monsieur Jean HAUSER, la seule limite posée par la loi relève de la responsabilité de l'officier de l'état civil, mais le contentieux relatif à l'attribution du prénom est assez rare et n'aboutit pas nécessairement à une modification du prénom. Il affirme ainsi que « le principe c'est désormais la liberté et la réglementation l'exception »³. Le doyen CORNU a justement relevé que l'officier de l'état civil « commande le déclic » du contrôle du prénom choisi, alors même qu'il « ne lui appartient pas de mettre en échec le choix parental »⁴. Afin de faciliter le contrôle du choix du prénom, Monsieur Xavier LABBEE propose l'élaboration d'une liste de paramètres objectifs à l'usage de tous les officiers de l'état civil⁵. Cette énumération de critères objectifs permettrait de guider l'appréciation du choix du prénom quant à l'intérêt de l'enfant. Elle garantirait en outre une cohérence sur l'ensemble du territoire national dans la mesure où l'appréciation de cet intérêt de l'enfant peut différer d'un officier de l'état civil à un autre⁶. Quoiqu'il en soit, l'officier de l'état civil, responsable de l'inscription du prénom sur les registres de l'état civil peut alerter le procureur de la République, représentant de l'Etat. Si celui-ci souhaite que le prénom considéré soit écarté, il doit saisir le juge aux affaires familiales⁷ par voie d'assignation ou par requête⁸. Ce dernier a en effet pour rôle de statuer sur les attributs de l'autorité parentale ainsi que sur le prénom⁹. Dans sa décision, le magistrat dira alors en droit qui de l'Etat ou des parents a tort ou a raison dans le choix du prénom. Les différentes missions de ces acteurs peuvent être comparées à des filtres. L'intervention du juge n'apparaît que subsidiaire dans la mesure où elle n'intervient qu'après l'appréciation réalisée par l'officier de l'état civil et le procureur de la République¹⁰. Elle n'en est pas moins fondamentale, car c'est à lui qu'il appartient de déterminer *in fine* si le prénom est ou non contraire à l'intérêt supérieur mineur. Seul le juge aux affaires familiales peut souverainement apprécier la compatibilité du

¹ Art. 57, al. 3 C. civ.

² L'enfant est ainsi pourvu d'une existence officielle (NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 59 ; BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 230).

³ HAUSER (J.) « Prénom : en l'absence de calendrier, quelles limites ? », *RTD civ.*, 1999, p. 813.

⁴ CORNU (G.), *op. cit.*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2007, § 63.

⁵ LABBEE (X.), « Mélanie chez les grecs, note sous TGI Lille, 18 décembre 2003 », *D.* 2004, jurispr., p. 2675.

⁶ Sur la question d'une énumération de paramètres objectifs : SAKJI (A.), *Mémoire précité*, Université Lille 2, 2011, p. 51 et s.

⁷ Art. 57, al. 3 C. civ.

⁸ Art. 1137 et 1138 C. pr. civ.

⁹ *Supra.* § 549.

¹⁰ En ce sens : BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), *op. cit.*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, § 230.

prénom à l'intérêt de l'enfant et trancher le litige. Son appréciation ne peut néanmoins pas se cantonner à considérer la seule acceptabilité du prénom en tant que tel.

2/ Le contrôle réalisé par le juge aux affaires familiales

551. Les limites tenant au contrôle *a posteriori*. – Depuis 1993¹, le prénom choisi par le ou les détenteurs de l'autorité parentale est immédiatement inscrit sur les registres de l'état civil, peu importe le prénom choisi². Cette règle semble créer un équilibre entre la liberté des parents de prénommer leur enfant et l'intérêt pour le nouveau-né qui s'inscrit, notamment par le biais d'un prénom, dans la société et qui doit pouvoir y évoluer sans difficulté. Un prénom ridicule, désignant une chose ou un personnage de mauvais goût peut être difficile à porter. En principe, les parents n'ont pas une liberté absolue quant au choix du prénom de leur enfant. Néanmoins, il convient de souligner que la procédure peut être longue. Pendant son déroulement, l'enfant est enregistré sous le prénom choisi par les parents, avec toutes les conséquences qui s'en suivent. Une procédure faisant intervenir le juge en dernier lieu est-elle efficace ? Ne laisse-t-elle pas subsister l'éventualité d'un préjudice, pour l'enfant qui se fait appeler « Folavril »³, « Joyeux » ou « Patriste »⁴, le temps que le juge écarte ce choix initial ? L'absence de délai pour agir va laisser perdurer des situations de fait pour l'enfant. Alors qu'il aura déjà deux ou trois ans, les parents, habitués à prénommer leur enfant de telle façon, auront toutes les difficultés à se faire à un nouveau prénom. De même, la suppression du prénom pourrait perturber l'équilibre de l'enfant habitué à être appelé de la sorte dans la vie quotidienne⁵. Le seul délai pour agir serait alors un délai de cinq ans⁶. Ce qui paraît considérable dès lors que l'identité est considérée comme une composante de la construction personnelle et sociale de tout individu. Un prénom contraire à l'intérêt de l'enfant peut créer un préjudice, mais une procédure qui n'est pas encadrée dans le temps peut également être préjudiciable pour l'enfant.

552. Un contrôle essentiellement fondé sur le critère de l'intérêt de l'enfant. – Les alinéas troisième et quatrième de l'article 57 du Code civil orientent l'office du juge aux affaires familiales dans le contrôle du choix du prénom. Concernant la protection du nom de famille, la

¹ L. n° 93-22 précitée.

² Art. 57, al. 2, C. civ.

³ CA Rennes, 4 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-049887.

⁴ CA Montpellier, 4 octobre 2006, RG n° 05/1307 (les juges ont laissé subsister le prénom « Soleil » par lequel l'enfant est appelé depuis plus de deux ans, celui-ci n'étant pas ridicule ou péjoratif contrairement à « Joyeux » et « Patriste »).

⁵ CA Rennes, 4 mai 2000, RG n° 99/08141 – CA Versailles, 13 décembre 2012, RG n° 12/05064.

⁶ Art. 2224 C. civ.

mission du juge ne semble pas poser de difficulté. Il serait en effet préjudiciable de prénommer un enfant Drucker ou Chazal uniquement pour exprimer des goûts personnels. Les détenteurs de ces noms de famille pourraient tenter une action en revendication du nom de famille. Toutefois, le juge ne sera *a priori* pas enclin à autoriser ce genre de prénom. De nombreux prénoms aujourd'hui admis comme tels étaient autrefois des noms de famille : « Martin », « Bernard ». Aujourd'hui, ces prénoms ne posent aucune difficulté et sont entrés dans les mœurs. L'office du juge consistera donc à détecter les noms de famille utilisés comme des prénoms alors que cela peut préjudicier au porteur du nom de famille et même à l'enfant¹.

En réalité, il semblerait que la difficulté pour le juge, afin de mener son office, repose sur l'appréhension de l'intérêt de l'enfant. Cette notion est considérée comme une notion-clef² bien que « *la clef ouvre sur un terrain vague. La notion est insaisissable* »³. C'est un standard du droit, une notion à contenu variable⁴. Seul le juge peut en déterminer le contenu aux cas d'espèce qui lui sont soumis, ce qui permet d'adapter la réponse publique à la particularité de chaque situation⁵. A quoi correspond l'intérêt de l'enfant au regard du prénom ? S'agit-il du fait de pouvoir être différencié ? De porter un prénom inédit et original ? Ou, tout simplement, d'être identifié tout en se fondant dans la masse, grâce à un prénom passe partout ? La réponse ne semble pas évidente ni protéiforme. L'intérêt de l'enfant est le critère essentiel, centré sur celui qui va porter le prénom choisi. Cette limite posée par la loi doit être approuvée. Les représentants légaux de l'enfant doivent en effet choisir un prénom pour l'enfant, pour son existence, et non pour eux-mêmes ou pour satisfaire des envies parfois spontanées. L'intérêt de l'enfant doit se distinguer de celui de ses parents. Il sera toutefois plus délicat d'apprécier cet intérêt eu égard au manque de définition de ce critère⁶. La circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille, et aux droits de l'enfant⁷ peut éclairer le juge dans sa mission puisqu'elle comporte une partie relative au choix et au changement de prénoms. D'après ce texte, les prénoms ayant une

¹ Une mère avait octroyé à son enfant le nom de famille de sa compagne, considérée par elle comme le parent moral de son enfant, soit « Lagarosse ». Ce choix trop étrange et contraire à l'intérêt de l'enfant a été rejeté d'autant plus qu'il pouvait porter atteinte à un nom de famille (TGI Bordeaux, JAF, 20 mars 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 270, note HAUSER (J.) ; *Dr. famille*, 2008, alerte 29, obs. LAMARCHE (M.) ; *contra.* : CA Versailles, 13 décembre 2012, RG n° 12/05064 (Nkrumah, nom de famille d'un chef d'Etat ghanéen célèbre, a été accepté pour prénommer un enfant de nationalité française et gabonaise)).

² PARCHEMINAL (H.), « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant (Loi n° 93-22 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales) », *RDSS*, 1994, p. 201. En ce sens : RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G.*, 1994, I, 3739.

³ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002, p. 642.

⁴ *Supra.* § 86.

⁵ En ce sens : FERNAUD (L.), précité, *RDSS*, 2011, p. 1136.

⁶ RENCHON (J.-L.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 29.

⁷ Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille, et aux droits de l'enfant (*JO* du 24 mars 1993), *Deffrénois*, 1993, lég., p. 235.

apparence ou une consonance ridicule, grossière ou péjorative, ceux difficiles à porter du fait de leur complexité ou par leur référence à un personnage déconsidéré de l'histoire seraient contraires à l'intérêt de l'enfant. Or, le ridicule n'a pas de définition précise, ce qui peut faire rire l'un peut ne pas surprendre l'autre.

La référence à l'intérêt de l'enfant comme critère de décision pour le juge aux affaires familiales paraît critiquable. Il représente pour certains un critère « *propice aux dérives* » et autoriserait « *bien des accommodements avec les règles légales* »¹. Par conséquent, s'il était possible d'envisager une règle en matière de prénom, il semblerait que la réalité soit différente. En effet, le rôle du juge est de deviner si le prénom actuellement donné aura ou non un effet sur l'épanouissement futur de l'enfant². Or, l'art divinatoire ne relève *a priori* pas des missions du juge³. Seul son bon sens et sa clarté d'esprit permettront de décider si les parents ont détourné cet attribut de l'autorité parentale. Si l'intérêt de l'enfant permet de prendre en compte la diversité des situations, « *le caractère imprécis de ce critère de décision [comporte] l'inconvénient d'une grande subjectivité* »⁴. C'est une source d'insécurité juridique et d'incertitude pour les parents et surtout pour l'enfant. Les prénoms « Folavril »⁵, « Kinou »⁶, « Nanou »⁷, « Joyeux » et « Patriste » pour un même enfant⁸, « Dylan » et « Dyclan » pour des jumeaux⁹, ou « Titeuf » ont ainsi été refusés¹⁰. Pour ce dernier prénom, les juges se sont fondés sur l'image peu sérieuse renvoyée par ce personnage de bande dessinée, naïf, ignorant et obsédé sexuel¹¹. Au contraire, le

¹ BLARY-CLEMENT (E.), « obs. sous CA Aix-en-Provence, 30 mai 1995 », *D.*, 1996, somm. p. 235.

² Il est ici possible de penser au prénom « Bilbo » autorisé en 2004. Les magistrats n'ont pas jugé que le choix des parents de conférer à l'enfant ce prénom était contraire à son intérêt ni qu'il serait source de désagréments ultérieurs pour le mineur (CA Papeete, 12 février 2004, Jurisdata n° 2004-243978).

³ CARBONNIER (J.), précité, *D.*, 1959, jurispr., p. 673.

⁴ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 95.

⁵ CA Rennes, 4 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-049887.

⁶ CA Aix-en-Provence, 9 mars 2007, Jurisdata n° 2007-342861.

⁷ CA Aix-en-Provence, 12 mars 2007, Jurisdata n° 2007-342863.

⁸ CA Montpellier, 4 octobre 2006, RG n° 05/1307 (les juges ont laissé subsister le prénom « Soleil » par lequel l'enfant est appelé depuis plus deux ans, celui-ci n'étant pas ridicule ou péjoratif contrairement à « Joyeux » et « Patriste »).

⁹ CA Angers, 12 janvier 2011, RG n° 10/00565 (le juge aux affaires familiales a considéré que ce choix était de nature à créer une confusion identitaire entre les enfants en raison de la proximité des prénoms choisis).

¹⁰ Monsieur Philippe MALAURIE relève également que les prénoms « Babar », « Babord » et « Tribord » pour des jumeaux, « Exocet », « Assedic » ont été refusés (MALAURIE (P.), *op. cit.*, Paris : Defrénois, 7^{ème} éd., 2014, § 122, note 19).

¹¹ CA Versailles, 7 octobre 2010, RG n° 10/04665 ; *AJ fam.*, 2011, p. 53, obs. CHENEDE (F.) ; *RTD civ.*, 2011, p. 97, obs. HAUSER (J.). Les juges du fond ont notamment estimé que « *le personnage de "Titeuf" est présenté comme un garnement pas très malin dont les principales préoccupations concernent les relations avec les filles et le sexe ; l'ouvrage intitulé "guide du zizi sexuel" est directement associé à ce personnage dont la naïveté et l'ignorance concernant le sexe sont tournées en dérision. Il s'agit d'un personnage caricatural, bien que plutôt sympathique, destiné à faire rire le public en raison de sa naïveté et des situations ridicules dans lesquelles il se retrouve* ». L'enfant ainsi prénommé aurait souffert d'un handicap certain nécessitant la suppression du prénom pour les magistrats. Le 15 février 2012, la Cour de cassation a confirmé la position des juges du fond (Cass. civ. 1^{ère}, 15 septembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 32).

prénom « Mickey » n'a pas été rejeté¹, ni celui de « Bilbo », adjoint par les parents à ceux du mineur dans le cadre d'une procédure en changement de prénom². Font-ils référence à un personnage moins ridicule que « Titeuf » ? Le contrôle du choix des parents quant à l'intérêt de l'enfant semble aléatoire compte tenu des prénoms originaux et fantaisistes qui ont été admis³.

553. L'intérêt de l'enfant dépassé dans le contrôle du choix du prénom. – Le critère de l'intérêt de l'enfant a laissé place à d'autres considérations. Le contrôle du juge s'est élargi à d'autres questions, car le contentieux ne se limite pas « *pour l'essentiel à la suppression des prénoms manifestement étranges, ridicules perturbateurs pour l'enfant. En réalité, le contrôle est plus large puisqu'il débouche parfois, hors de préoccupations de l'intérêt de l'enfant, sur des rejets, pour des questions de langue française, de prénoms à l'état-civil ; le contentieux est donc plus complexe* »⁴. Par exemple, le prénom « Marti », orthographié et prononcé à la catalane avec un accent aigu sur le « i », a été refusé⁵. La cour d'appel de Montpellier, sur le fondement des articles 1 et 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, a estimé que l'usage du français s'imposait aux services publics. Dès lors, malgré le principe de liberté du prénom, les parents ne peuvent se prévaloir d'une langue régionale afin de demander que le prénom du mineur soit orthographié dans cette langue. Etant donné que les registres de l'état civil doivent être exclusivement tenus en français, les juges ont imposé la transcription du prénom conformément à l'alphabet romain. La cour d'appel a donc mis un point sur le « i »⁶. A l'inverse, le prénom Castpucine, prononcé Capucine, a été accepté, car il traduit la volonté de la famille d'ancrer les membres de la cellule familiale dans sa province d'origine : la Bretagne. Le prénom, qui fait référence à la commune de Saint Cast Le Guildo, n'a pas été jugé contraire à l'intérêt de l'enfant⁷. De ce point de vue, l'office du juge aux affaires familiales contribue à déterminer ce que les parents peuvent faire lorsqu'ils choisissent un prénom dans leur langue régionale.

¹ CA Douai, 15 mai 2000, RG n° 99/01445 ; Jurisdata n° 2000-116096 (le prénom « Mickey », figurant dans un dictionnaire des prénoms, où il est identifié comme un dérivé de Michel, a été accepté d'autant plus qu'il est d'usage courant dans les pays anglo-saxons).

² CA Papeete, 12 février 2004, Jurisdata n° 2004-243978 (Bilbo est le personnage central du roman *Le Hobbit* de J. R. R. TOLKIEN ; c'est aussi un personnage secondaire du roman *Le Seigneur des anneaux* du même auteur ; ces deux livres ont chacun fait l'objet d'une adaptation cinématographique au succès important ; dès lors, ce prénom serait-il accepté aujourd'hui étant donné qu'il fait référence à des personnes de petites tailles, quelque peu maladroites, aux oreilles pointues et à la pilosité plantaire importante, aussi appelées semi hommes ?).

³ *Supra.* § 409.

⁴ LAROCHE-GISSEROT (F.), précité, *AJ fam.*, 2012, p. 307.

⁵ CA Montpellier, 26 novembre 2001, RG n° 01/02858 ; *Dr. famille*, 2002, comm. 120, obs. MURAT(P.).

⁶ Cette solution n'a pas été jugée contraire à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Cour EDH, 25 septembre 2008, *Baylac-Ferrer et Suarez c/ France*, req. n° 27977/04).

⁷ CA Reims, 26 septembre 2002, Jurisdata n° 2002-202436.

Des aspects culturels sont également pris en considération par le juge aux affaires familiales lorsqu'il contrôle le choix du prénom. Des parents ont ainsi voulu prénommer leur fils « MJ », en référence à l'artiste Michael JACKSON¹. Les magistrats ont estimé que le simple fait que le prénom se rapporte au chanteur ne peut en soi être considéré comme étant contraire à l'intérêt de l'enfant². Cela n'est pas le cas de l'attribution d'un prénom composé d'initiales, « *qui en France par sa similarité avec la partie alphabétique d'une immatriculation d'objets manufacturés divers ou d'un acronyme de société ou de service public contribue à placer l'enfant tout au long de sa scolarité et plus tard au centre des remarques, des moqueries de ses condisciples* ». Dans cette espèce, la référence à une tradition culturelle française semble évidente. Or dans certaines cultures, notamment extra-européennes, un prénom formé d'initiales fait partie des mœurs. La culture est donc un élément déterminant de la décision du juge et un autre magistrat aurait peut-être accepté ce prénom.

554. Le contrôle du changement de prénom. – Si le juge peut avoir pour mission d'apprécier l'intérêt de l'enfant lors du choix du prénom, il doit, dans le cadre d'une demande en changement de prénom, apprécier l'existence d'un intérêt légitime selon l'article 60 du Code civil³. L'intérêt légitime s'apprécie *in concreto*⁴, c'est-à-dire qu'il faut rechercher si la situation de l'intéressé peut constituer un intérêt légitime. Ce critère, qui peut varier avec le temps, doit être apprécié au jour où le magistrat statue⁵. L'intervention du juge est décisive en ce qu'il est impossible de changer de prénom par pure convenance personnelle. La preuve de cet intérêt légitime peut découler de la mise en conformité des actes de l'état civil avec un état de fait durable, d'autant plus que cela ne porte pas atteinte à la sécurité juridique dans les rapports entre les personnes⁶. Par exemple, le prénom « Mélanie » n'apparaît pas ridicule et il ne semble pas compréhensible que des parents demandent à changer le prénom du mineur. Cependant, il s'agissait d'un enfant dont l'un des parents était d'origine grecque et avait découvert que le mot

¹ CA Amiens, 13 décembre 2012, RG n° 12/02281 ; *RJPF*, 2013-4/9, obs. CORPART (I.) (en outre, pour la juridiction du second degré, ce prénom semble représenter « *pour une très large partie de la population vivant en France un ensemble de deux phonèmes imprononçable, ce qui apparaît également contraire à l'intérêt de l'enfant, confronté tout au long de sa vie aux hésitations et essais infructueux de ses concitoyens* »).

² Dans une autre espèce, des parents avaient prénommé leur enfant Canta en hommage au chanteur. Les juges ont estimé qu'il n'est pas certain que ce prénom évoque encore pour longtemps l'image d'un chanteur devenu meurtrier, d'autant que celui-ci ne possède pas une célébrité suffisante pour rester dans la mémoire populaire (CA Bordeaux, 22 octobre 2009, RG n° 08/03835, *Dr. famille*, alerte 1, obs. LAMARCHE (M.)).

³ Sur cette question : BRUSORIO (M.), « L'intérêt légitime au changement de prénom », *Gaz. pal.*, 31 décembre 2005, n° 365, p. 2 ; BRIAND (L.), « Appréciation par les juridictions de l'intérêt légitime à la modification du prénom », *AJ fam.*, 2012, p. 316.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 2 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 76 – Cass. civ. 1^{ère}., 3 juin 2003 n° 00-21.804.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 22 juin 1999, *Bull. civ. I*, n° 211 – Cass. civ. 1^{ère}., 11 février 2003 n° 00-20.961.

⁶ CA Nouméa, 27 septembre 2012, RG n° 12/00116 ; *RJPF*, 2013-1/13, obs. CORPART (I.).

« mélanie » évoquait, dans sa langue d'origine, la couleur noire¹. Quant à l'autre parent, d'origine libanaise, il avait appris que l'assonance « mélanie » faisait référence à une « grosse femme ». Le juge a donc accepté que ce prénom soit changé, en appréciant *in concreto*, et au regard de cette argumentation, la demande des parents². Ces derniers peuvent également demander une modification judiciaire de l'ordre des prénoms dès lors que la mineure est connue depuis la naissance sous son second prénom, tant dans son entourage proche que vis-à-vis des tiers, en particulier dans le domaine scolaire³. L'intérêt légitime de l'enfant est effectivement d'avoir un état-civil conforme à la réalité⁴. Pour autant, « *il ne faut pas penser [...] que tous les caprices puissent être assouvis. Après avoir levé certaines réticences liées à la stabilité de l'état civil, les juges font dans l'ensemble preuve de sagesse et de modération mais dans une approche plus libérale qu'autrefois et en accord avec l'esprit du temps et des usages* »⁵. En d'autres termes, il est permis de penser que les juridictions n'opèrent qu'un contrôle léger de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges accordent une grande importance à la liberté que la loi du 8 janvier 1993⁶ a voulu offrir aux parents, ne sanctionnant ainsi que les choix réellement déraisonnables et préjudiciables pour la dignité de l'enfant.

§ 2/ L'organisation des relations de l'enfant avec son beau-parent durant la vie commune

555. Reconnaître le rôle du beau-parent ? – La famille est aujourd'hui plurielle. Elle n'est plus systématiquement composée d'un couple hétérosexuel marié et de leurs enfants. En effet, les couples se forment et se séparent au gré de la volonté de ses membres, sans tenir compte de l'intérêt des enfants confrontés à des divorces, à des ruptures de PACS ou de concubinage⁷. De nouvelles familles se forment autour des enfants après une première désunion des parents. Ces familles recomposées posent la question du beau-parent et la reconnaissance de la place des tiers durant la vie commune⁸. Ce faisant, il ne s'agit pas ici de solutionner le problème des relations personnelles entre l'enfant et le tiers après la séparation conjugale⁹, mais d'analyser les moyens que la loi met à disposition des familles recomposées pour permettre au beau-parent

¹ Le terme « *mêlas* » signifie « noirceur » et « *melania* » renvoie à des « taches noirâtres » en grec ancien.

² TGI Lille, 18 décembre 2003 ; *D.* 2004, jurispr., p. 2675, note LABBEE (X.).

³ CA Nouméa, 27 septembre 2012, RG n° 12/00116 ; *RJPF*, 2013-1/13, obs. CORPART (I.) (« Laurie, My-Lan » est devenue « My-Lan, Laurie »). Voir également : CA Metz, 24 septembre 2013, RG n° 13/00867 et n° 12/03142.

⁴ CA Colmar, 12 mars 2014, Jurisdata n° 2014-004859.

⁵ CORPART (I.), « Changement de prénom », *AJ fam.*, 2012, p. 311.

⁶ L. n° 93-22 précitée.

⁷ CORPART (I.), « Les familles recomposées en quête de repère », *RJPF*, 2013-9/6.

⁸ Voir déjà : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 88 et s.

⁹ *Supra*. § 417 et s.

d'accompagner l'enfant dans son éducation quotidienne. Le législateur permet-il l'organisation des relations entre le mineur et son beau-parent au cours de la vie commune en évitant toute réification sociale de l'enfant ?

Reconnaître la place des tiers s'apparente à « *un exercice juridique contre nature, les tiers étant par définition ceux qui n'ont ni droit, ni obligation* »¹. Il s'agit effectivement « *de trouver un équilibre entre la reconnaissance au profit de la personne qui assure la prise en charge de l'enfant d'un certain nombre de pouvoirs dans l'intérêt même de celui-ci et la protection des relations de l'enfant avec ses parents, en principe nécessaire à son équilibre* »². Cette difficulté est d'autant plus vraie pour les concubins ou les partenaires du parent, car à la différence des époux, il n'existe pas de lien d'alliance entre les premiers et l'enfant. A leur égard, il est parfois invoqué l'existence d'une « parenté sociale » alors que juridiquement, il n'existe pas de parenté en l'absence de lien de filiation³. Il n'en demeure pas moins que « *les enfants sont au cœur des préoccupations du parent qui choisit de vivre une autre expérience de couple, mais en s'installant ensemble dans un nouveau foyer, les couples témoignent aussi d'une volonté de tisser des liens résistants entre eux* »⁴. Cette affirmation vaut également pour les couples homosexuels, dont témoigne la question de la reconnaissance de la famille homoparentale⁵. Le terme beau-parent doit dès lors s'entendre comme le conjoint, le partenaire pacsé, le concubin de sexe différent ou de même sexe. Dans ces situations, l'enfant peut être utilisé comme un moyen de consacrer l'existence de la famille recomposée ou homosexuelle. En effet, le couple recomposé ou homosexuel cherche à traduire en droit le rôle assuré en fait par le beau-parent à l'égard de l'enfant (A). Différents travaux législatifs ont ainsi souhaité consacrer davantage les droits et les devoirs des tiers qui concourent quotidiennement à l'éducation de l'enfant⁶, nonobstant le risque de réification sociale de l'enfant que ces propositions induisent (B).

A/ Le cadre juridique des relations entre l'enfant et son beau-parent

556. Le tiers marié et les enfants. – La disparition du couple conjugal ne fait pas disparaître le couple parental, sauf à ce que la désunion procède du décès de l'un des deux membres du couple. Dans ce cas, le nouveau conjoint du parent de l'enfant est en mesure

¹ NEIRINCK (C.), « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie ? », *Dr. famille*, 2014, repère n° 3.

² GOUTTENOIRE (A.), « La prise en charge de l'enfant d'autrui », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 165.

³ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 3.

⁴ CORPART (I.), précité, *RJPF*, 2013-9/6.

⁵ *Supra.* § 377 et s.

⁶ Voir notamment : *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 9 et s.

d'adopter le mineur selon l'article 345-1 du Code civil. Cette solution vaut également pour le couple homosexuel, à la différence près que l'un des deux membres du couple n'est pas décédé. La loi du 17 mai 2013¹ a effectivement permis l'adoption de l'enfant du conjoint homosexuel peu importe le mode de conception du mineur, ce que les avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014 ont confirmé².

La question du statut du beau-parent concerne prioritairement le couple parental hétérosexuel dont la rupture procède d'un divorce. La recomposition familiale n'affecte pas les rapports de filiation existants, tandis que le principe de coparentalité implique que les parents assurent ensemble et à égalité la direction des enfants. Si l'un des parents se remarie, le mariage crée un lien d'alliance entre l'enfant et son beau-parent. Cette alliance n'a au demeurant aucune incidence sur les relations personnelles entre l'enfant et son parent³. Le beau-parent n'est pas un parent en droit. Il est un parent social et même s'il participe à l'éducation de l'enfant, il ne jouit d'aucun droit. L'article 203 du Code civil pourrait cependant avoir vocation à s'appliquer. Ce texte énonce que « *les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». Cette disposition pourrait servir de fondement à la reconnaissance du statut du beau-parent, étant donné qu'il peut s'appliquer aux enfants communs du couple ainsi qu'à tous les enfants de l'un et l'autre résidant au foyer des époux. Selon Madame Claire NEIRINCK, ce texte pourrait être utilisé afin de conférer au beau-parent une forme d'autorité parentale sur les enfants de son conjoint⁴.

En l'état actuel du droit positif, divers procédés ont été utilisés comme l'adoption simple de l'enfant du conjoint ou la délégation de l'autorité parentale⁵. Si la première doit être écartée durant la minorité de l'enfant en raison des règles de dévolution de l'autorité parentale⁶, la seconde doit être privilégiée. La délégation autorise un partage de la fonction parentale entre les parents juridiques et le parent social, dès lors que les deux parents légaux, s'ils détiennent l'exercice de cette autorité, y consentent. Il existe cependant un risque d'éviction d'un des parents si l'autre sollicite un exercice exclusif de l'autorité parentale afin de pouvoir consentir seul à la délégation partage de l'autorité parentale. Le beau-parent marié ne semble donc pouvoir prendre

¹ L. n° 2013-404 précitée.

² Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 – Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007.

³ Le lien d'alliance crée toutefois un empêchement à mariage, le beau-parent ne pouvant pas divorcer pour épouser sa belle-fille (art. 161 C. civ.). Cette solution doit cependant être tempérée puisque la Cour de cassation a admis un tel mariage sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066).

⁴ NEIRINCK (C.), précité, in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 112.

⁵ DEPADT-SEBAG (V.), précité, *D.*, 2011, p. 2494.

⁶ Art 365 C. civ.

en charge l'enfant que dans le cadre de la délégation d'autorité parentale, ce qui est également le cas pour le beau-parent, concubin ou partenaire, des enfants de l'autre.

557. Le tiers concubin ou partenaire. – La famille peut se recomposer sur le fondement d'un PACS ou d'un concubinage. L'enfant n'a alors aucun lien juridique avec le tiers concubin ou partenaire, comme il n'a aucun lien avec la concubine ou la partenaire de sa mère dans l'hypothèse d'un couple homosexuel. L'emploi du terme beau-parent paraît alors inadéquat, bien qu'il permette de révéler le statut particulier du tiers dans ce type de famille. Dans ces hypothèses, la situation de l'enfant est sensiblement identique à celui dont la famille s'est recomposée par le mariage¹. Il est toujours possible pour le couple en concubinage ou en partenariat de solliciter une délégation partage de l'autorité parentale.

558. La délégation partage de l'autorité parentale. – La délégation partage de l'autorité parentale permet de positionner juridiquement le beau-parent à l'égard du mineur². Les parents « ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale, à un tiers, [...] »³. Si les besoins de l'éducation de l'enfant l'exigent, le jugement de délégation peut prévoir un partage de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers. Ce partage nécessite le consentement du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale⁴. Par conséquent, si la demande émane d'un seul parent, l'autre pourra y consentir ou s'y opposer⁵. Le juge aux affaires familiales pourra toutefois passer outre son refus s'il estime que la demande est conforme à l'intérêt de l'enfant. Cette situation particulière peut se rencontrer lorsque l'un des parents exerce exclusivement l'autorité parentale⁶, lui seul étant apte à déléguer son autorité. Cela signifie que le magistrat ne peut pas prononcer une telle mesure si la demande émane du parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale. Il est effectivement impossible de déléguer ce que l'on n'exerce pas⁷. Néanmoins, le parent qui s'oppose à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale peut solliciter le transfert

¹ CORPART (I.), précité, *RJPF*, 2013-9/6.

² MORACCHINI-ZEINDENGERG (S.), précité, *Dr. famille*, 2010, étude n° 7.

³ Art. 377, al. 1^{er} C. civ.

⁴ Art. 377-1, al. 2 C. civ.

⁵ Ce parent peut toujours interjeter appel du jugement faisant droit à la demande de délégation de l'exercice de l'autorité parentale. Il est pour cela appelé à l'instance (art. 377, al. 3 C. civ.), ce qui permet de l'avertir de la demande de délégation.

⁶ La demande de délégation est un choix important relatif à la vie de l'enfant. Ainsi, le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale a le droit d'être informé de cette décision au titre du droit de surveillance (art. 373-2-1, al. 4 C. civ.). Le juge aux affaires familiales doit d'ailleurs s'assurer que l'autre parent a été informé de la procédure (art. 377, al. 3 C. civ. ; avant 2002 : CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051378).

⁷ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.191.

de celui-ci à son profit, mais encore faut-il qu'il soit capable d'en assurer la charge et apte à s'occuper de l'enfant¹.

La délégation n'est possible que si les circonstances l'exigent, la seule volonté du ou des parents ne suffit pas. L'autorité parentale est d'ordre public selon l'article 376 du Code civil². C'est pourquoi la délégation de l'exercice de l'autorité parentale constitue une mesure de crise, qui ne devrait être prononcée qu'exceptionnellement pour assister les parents³. Elle ne doit pas être détournée de sa finalité, que ce soit au profit de couples hétérosexuels ou homosexuels⁴. Les parents ne peuvent pas renoncer à leurs droits et leurs devoirs. C'est le sens de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2010⁵. Le caractère nécessaire de la délégation doit donc être établi par le juge du fond. C'est une question de fait qui relève de son pouvoir souverain d'appréciation. Le juge aux affaires familiales est en outre le garant de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il délègue l'autorité parentale. Son intervention est fondamentale, car elle permet de vérifier que la délégation partage de l'autorité parentale sollicitée correspond aux besoins réels du mineur. Les circonstances particulières qui exigent de prononcer une délégation partage d'autorité parentale seraient, par exemple, une reconstitution familiale qui entraîne des conflits dans la famille et déstabilise le mineur. Autrement dit, la volonté du couple recomposé de permettre au beau-parent d'accompagner quotidiennement l'enfant n'est pas suffisante pour justifier le partage de l'autorité parentale. La volonté des individus de consacrer juridiquement un lien entre le beau-parent et l'enfant ne peut être réalisée qu'en conformité avec l'intérêt supérieur du mineur, qui ne correspond pas nécessairement à l'arrangement voulu par les adultes⁶. L'intervention du juge aux affaires familiales évite ainsi toute réification sociale de l'enfant. En définitive, la délégation partage de l'autorité parentale, réalisée sous le contrôle du juge, permet « *une organisation efficace de la prise en charge de l'enfant sans altération des droits parentaux* »⁷. Elle apporte une sécurité aux relations qui s'établissent entre le beau-parent, qui assure la prise en charge quotidienne de l'enfant, et les diverses institutions qui interviennent dans la vie du mineur⁸. Concrètement, il faut que le beau-parent exerce un rôle réel et positif auprès de l'enfant. Le

¹ En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.191 ; NEIRINCK (C.), précité, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, § 10.

² En ce sens : TGI Versailles, JAF, 6 avril 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361, obs. CHENEDE (F.) ; *Dr. famille*, 2004, comm. n° 199, obs. MURAT (P.).

³ En ce sens : AUTEM (D.), précité, *RJPF*, 2003-1/11.

⁴ *Supra*. § 395 et s. pour les couples homosexuels.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *Bull. civ. I*, n° 158.

⁶ *Supra*. § 477 pour le sens du mot « arrangement ».

⁷ REBOURG (M.), « Les familles recomposées : la prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ fam.*, 2007, p. 290.

⁸ REBOURG (M.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 290.

partage de l'autorité parentale doit avoir pour objet de faciliter l'organisation de la vie de l'enfant, et non des adultes qui vivent avec lui, notamment dans le cadre des familles recomposées.

Dans le cas contraire, il existe un risque de fragmentation de la fonction parentale au gré des aléas des relations conjugales. L'enfant pourrait être installé dans la précarité d'une relation, qui se veut parentale, mais qui devient incertaine. Le mineur a besoin que la spécificité de ses parents, c'est-à-dire de son père et de sa mère reconnus par la loi, soit établie et reconnue afin de pouvoir identifier les rôles respectifs de chacun. Cela est d'autant plus important que la délégation d'autorité parentale ne garantit pas le maintien des liens avec l'enfant lorsque la famille recomposée ou le couple homosexuel se sépare¹. A cet égard, le juge aux affaires familiales peut toujours maintenir des relations personnelles entre l'enfant et le tiers sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil², ce qui n'implique pas de consacrer préalablement une parenté « sociale » au profit du tiers. En outre, si le parent à l'origine du lien entre l'enfant et le tiers décède, le juge aux affaires familiales peut décider de confier l'enfant à ce dernier si des circonstances exceptionnelles le justifient³. Le législateur n'a toutefois pas pris en compte ces difficultés puisqu'il propose de consacrer la place du tiers dans la vie de l'enfant. A cet effet, il envisage de créer un régime spécial pour permettre à un parent de partager ses prérogatives avec un tiers durant la vie commune.

B/ Le renouvellement du cadre juridique des relations entre l'enfant et son beau-parent

559. Des aspirations diverses et variées. – La construction juridique du statut du beau-parent doit être confrontée aux aspirations des couples⁴. Certains souhaitent que le droit de la famille leur permette de tirer un trait sur le passé et de reconstruire une famille normale, au sein de laquelle le beau-parent prendrait la place du parent. Cette première situation vaut tant pour les familles recomposées que pour les familles homosexuelles. Dans l'une ou l'autre, le couple souhaite consacrer juridiquement un lien entre l'enfant et le beau-parent, afin que la famille soit socialement reconnue. D'autres souhaitent que le rôle particulier du beau-parent soit reconnu, sans pour autant que le parent juridique ne soit effacé. La question est donc de savoir quelle est la place à donner au beau-parent ? Faut-il qu'il dispose de droits et de devoirs identiques à ceux du parent, au risque d'entraîner une disparition de l'un des père et mère légaux et de porter atteinte

¹ CORPART (I.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 299.

² *Supra.* § 417, 423, et 424.

³ Art. 373-3, al. 3 C. civ.

⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 89.

aux principes de coparentalité et d'indisponibilité de l'autorité parentale¹ ? Au contraire, faut-il simplement reconnaître le rôle du tiers qui participe à l'éducation et à la prise en charge de l'enfant ? Enfin, donner des droits au beau-parent n'implique-t-il pas d'imposer des devoirs et une responsabilité à l'égard de l'enfant ? La construction du statut du tiers s'est posée à de nombreuses reprises², notamment avec la création d'un mandat d'éducation quotidienne (1) ou d'un partage simplifié de l'exercice de l'autorité parentale (2) au profit du beau-parent. Ces propositions ne sont pas sans risque (3) alors que les solutions législatives aménageant l'exercice de l'autorité parentale doivent, par principe, uniquement se fonder sur l'intérêt de l'enfant³.

1/ Le mandat d'éducation quotidienne

560. L'organisation de la collaboration ponctuelle du beau-parent à l'éducation de l'enfant. – En 1999, le rapport « Renover le droit de la famille » envisageait que les parents puissent « *donner mandat à un tiers pour accomplir tel ou tel acte particulier ou telle ou telle série d'actes* »⁴. Cette proposition a été reprise en 2006 par le Défenseur des enfants avec la création d'un mandat d'éducation ponctuel au profit d'un tiers. Celui-ci serait autorisé à accomplir certains actes usuels ou même certains actes importants relatifs à l'enfant, de façon ponctuelle ou pour une période préalablement définie. Il serait réalisé par une simple convention, éventuellement enregistrée au greffe du tribunal d'instance⁵. Cette proposition du Défenseur des enfants s'inspire d'une proposition de loi instaurant une délégation de responsabilité parentale pour les actes de la vie courante de l'enfant⁶, à la différence près que cette dernière prévoyait un enregistrement obligatoire du mandat. Cette idée a en partie été reprise par le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité »⁷. Il est proposé de créer un mandat d'éducation quotidienne. Un des parents pourrait ainsi donner au beau-parent une autorisation d'accomplir les actes usuels concernant l'enfant. Le pouvoir du beau-parent trouverait donc son fondement dans l'autorisation donnée par l'un des parents, qui n'aurait besoin ni de solliciter ni de recueillir l'accord formel de

¹ Pour une analyse critique des fondements de l'indisponibilité : LEROYER (A.-M.), « Autorité parentale et contrat », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de), [ss. dir.], *op. cit.*, Paris : Economica, 2001, p. 153.

² Voir notamment : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 90 et s. ; DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport annuel 2006* précité, *Doc. fr.*, 2006 ; LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009 ; THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 275 et s.

³ MIRKOVIC (A.), « Statut du “beau-parent” : vivement le retrait d'un texte inutile et dangereux », *Dr. famille*, 2009, étude n° 28.

⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 91.

⁵ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport annuel 2006* précité, *Doc. fr.*, 2006, p. 61.

⁶ *Proposition de loi n° 3222 instaurant une délégation de responsabilité parentale pour les actes de la vie courante de l'enfant*, *Doc. AN*, XII^{ème} législature.

⁷ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 288 et s.

l'autre parent pour délivrer le mandat d'éducation quotidienne¹. En effet, les auteurs considèrent que l'accord de l'autre parent n'est pas nécessaire, mais qu'il est présumé. Le beau-parent aurait le pouvoir d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale grâce à une présomption d'accord avec les deux parents. Le parent non mandant pourrait toutefois faire tomber cette présomption d'accord soit en informant le tiers de son opposition, soit en saisissant le juge aux affaires familiales en cas de conflit². Cette proposition est critiquable. Elle aboutit à nier les droits du parent non mandant et tend à faire prévaloir les intérêts et la volonté du couple recomposé au détriment de l'intérêt de l'enfant. Conférer à un tiers le pouvoir d'accomplir un acte usuel de l'autorité parentale est un acte important, qui requiert systématiquement le consentement de chacun des parents, à moins que ce ne soit le juge qui le décide. Le consentement au mandat d'éducation quotidienne ne peut être présumé entre les titulaires de l'autorité parentale, au risque de créer des conflits familiaux préjudiciables pour l'enfant. En outre, malgré les affirmations du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité »³, l'absence d'accord du parent non mandant pourrait aboutir, dans les faits, à une confusion des rôles et des places de chacun auprès de l'enfant, en particulier si ce dernier connaît plusieurs beaux-parents. C'est la raison pour laquelle la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, prévoit que chacun des parents doit consentir au mandat d'éducation quotidienne⁴.

561. La consécration du mandat d'éducation quotidienne ? – L'article 10 de cette proposition de loi énonce que « *sans préjudice de l'article 372-2 [du Code civil], le parent peut, avec l'accord de l'autre parent, donner un mandat d'éducation quotidienne à son concubin, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou conjoint avec lequel il réside de façon stable pour chacun des enfants vivant avec le couple. Le mandat, rédigé par acte sous seing privé ou en la forme authentique, permet au concubin, partenaire ou conjoint d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale pour la durée de la vie commune* ». Pour Madame Aude MIRKOVIC, cette « *mesure est approximative, car le mandat vise à l'accomplissement d'actes juridiques, qui ne sont pas prioritairement visés* »⁵. Peuvent néanmoins être identifiés comme usuels la réinscription dans un établissement scolaire, l'inscription à la cantine, les justifications d'absences, les

¹ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 289 et 291.

² THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 291.

³ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 291.

⁴ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 10.

⁵ MIRKOVIC (A.), « Autorité parentale et intérêt de l'enfant : adoption d'une proposition de loi à l'Assemblée nationale », *D.*, 2014, p. 1450.

inscriptions à l'aide aux devoirs ou aux ateliers du soir, la présence aux réunions parents-professeurs, l'accompagnement des sorties d'école, les soins courants habituels, les récupérations à l'école, chez le médecin ou à l'hôpital¹. *De facto*, le beau-parent pourrait se comporter comme le parent légal de l'enfant grâce au mandat d'éducation quotidienne. Il accomplirait officiellement des actes, bien qu'usuels, que seul un parent en droit est susceptible d'accomplir. En outre, cette proposition pourrait créer une discrimination entre les enfants au sein des familles recomposées, étant donné qu'un mandat devra être établi pour chaque enfant.

Au lieu de refuser la réification sociale de l'enfant, le législateur encourage celle-ci. Le mandat d'éducation est susceptible d'entraîner un amalgame entre les rôles des parents et du beau-parent préjudiciable à l'enfant. Le mandat se définit comme l'« *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom* »². C'est un contrat qui confère à une personne, qui en accepte la charge, le pouvoir et la mission d'accomplir pour elle et en son nom un acte juridique³. Le parent, mandant, donne donc au beau-parent, mandataire, le pouvoir d'accomplir pour lui et en son nom des actes usuels de l'autorité parentale. Autrement dit, le beau-parent agit dans l'intérêt du parent mandant afin de l'assister dans l'éducation quotidienne de l'enfant et non dans l'intérêt du mineur. Le mandat serait donné pour faciliter l'exercice de l'autorité parentale du parent mandant, ce qui le déchargerait d'une partie de ses responsabilités. Le beau-parent ne disposerait pas que d'un simple pouvoir de représentation, mais bien d'un pouvoir autonome concurrent de celui des père et mère⁴. De ce point de vue, l'absence d'intervention du juge ne permet pas l'exercice d'un contrôle sur le bien-fondé du mandat, qui peut être utilisé pour écarter l'un des parents de la vie de l'enfant et favoriser la construction de la cellule familiale recomposée. De même, *quid* de la situation de l'enfant en cas de conflit entre le mandataire et les parents, spécialement le mandant ? Dans cette hypothèse, l'intérêt de l'enfant justifierait-il l'intervention du juge alors que le mandat peut être conclu sous seing privé et est révocable à tout moment ? Le parent non mandant pourra-t-il contester les actes accomplis par le beau-parent, alors même qu'il a donné son accord au mandat ? L'article 372-2 du Code civil aurait vocation à s'appliquer dans cette hypothèse. En conséquence, « *si le mandat porte sur un acte usuel, l'accord du parent non mandant est présumé* »⁵. Afin de clarifier cette difficulté, le législateur propose d'étendre la présomption d'accord des parents au cas où l'un des parents a autorisé le tiers à accomplir un acte usuel de

¹ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 290.

² CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o mandat.

³ CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o mandat.

⁴ En ce sens : FULCHIRON (H.), précité, *in op. cit.*, *Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 141.

⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), Rapport précité, *Doc. fr.*, 1999, p. 91.

l'autorité parentale. Ce mandat d'éducation quotidienne est donc susceptible d'entraîner une inflation des conflits familiaux et des contentieux devant le juge aux affaires familiales.

L'exigence d'une condition de stabilité ne permet pas de protéger suffisamment l'intérêt supérieur de l'enfant. D'une part, il peut être accompagné par des adultes différents au gré des recompositions familiales en l'absence de contrôle judiciaire sur le mandat¹. Il est donc soumis à la volition de ses parents. L'organisation d'une révocation *ad nutum* du mandat abonde en ce sens. Le législateur a explicitement prévu que « *le mandat peut être révoqué à tout moment par le mandant* »². Un conflit au sein de la famille recomposée pourrait donc entraîner une révocation du mandat, puis l'élaboration d'un nouveau mandat. De même, le parent mandant pourrait ne révoquer qu'un mandat conclu à propos de l'un des enfants, créant ainsi une différence de traitement au sein de la fratrie. D'autre part, le mineur apparaît comme l'élément stable de la relation conjugale. C'est à partir de lui que se construit le lien, car il est à l'origine du mandat d'éducation quotidienne. L'enfant est alors instrumentalisé pour permettre à un tiers de se comporter comme le parent. C'est pourquoi cette mesure est « *de nature à introduire la confusion juridique dans la vie quotidienne, non seulement des familles recomposées, mais, aussi de toutes les familles* »³. Cela est d'autant plus vrai que le fait de confier un enfant à un tiers emporte tacitement l'autorisation d'accomplir tous les actes usuels de l'autorité parentale.

2/ Le partage de l'autorité parentale

562. L'organisation de la collaboration continue du beau-parent à l'éducation de l'enfant. – Dans son rapport de 2006, le Défenseur des enfants a émis l'idée d'organiser de façon durable et active la participation du tiers à l'éducation de l'enfant. Il avait été proposé d'« *instituer une convention de partage de l'exercice de l'autorité parentale avec un tiers* » en simplifiant les conditions relatives au partage de l'autorité parentale⁴. Le partage aurait été possible sans avoir recours à un jugement. La proposition consistait à permettre la conclusion d'une convention entre les parents et le tiers, qui n'aurait été soumise qu'à une simple homologation judiciaire. Cette proposition a été reprise par l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers⁵ et par le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité »⁶. Pour

¹ En ce sens : BRUGGEMAN (M.), « Les familles recomposées : le(s) tiers et l'enfant », *AJ fam.*, 2007, p. 294.

² *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 10.

³ MIRKOVIC (A.), précité, *D.*, 2014, p. 1450.

⁴ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport annuel 2006* précité., *Doc. fr.*, 2006, p. 62.

⁵ LEONETTI (J.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 73.

⁶ THERY (I.), LEROYER (A.-M.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 295 et s.

les auteurs de ce dernier rapport, il s'agit de permettre au « *beau-parent qui le souhaite de partager avec les parents les fonctions éducatives qui appartiennent à ces derniers* »¹. C'est donc le souhait du tiers et la volonté des parents qui semblent orienter le partage de l'autorité parentale. L'intérêt de l'enfant serait relégué au second plan en cas d'accord des deux parents et du beau-parent. En effet, une délégation partage autonome aurait été créée afin de répondre aux besoins de l'enfant et permettre aux parents de partager leur autorité avec un tiers par une convention homologuée, dès lors que les parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont tous les deux d'accord. Dans le cas contraire, le partage n'aurait pu résulter que d'une décision judiciaire. La demande de partage aurait été sollicitée par un seul parent, en considération de circonstances exceptionnelles, et le juge aux affaires familiales n'aurait pu passer outre le refus de l'autre parent ou de son abstention que si la demande en partage de l'autorité parentale s'avérait conforme à l'intérêt de l'enfant. Enfin, en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, le partage n'aurait également été possible que sur décision judiciaire. L'avis du parent n'exerçant pas l'autorité parentale aurait été requis et le partage n'aurait pu être décidé que si le magistrat l'estimait conforme à l'intérêt de l'enfant². Ainsi, dans l'une ou l'autre des hypothèses de partage de l'autorité parentale, seules des circonstances particulières auraient pu justifier une telle mesure³. En outre, l'intervention prépondérante du juge aux affaires familiales garantit la protection de l'intérêt supérieur, ce qui ne semble pas être le cas dans la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale⁴.

563. Libéraliser le partage de l'autorité parentale ? – L'article 14 de ce texte propose de consacrer un partage de l'exercice de l'autorité parentale en le soumettant principalement à la volonté des parents. Il est énoncé que « *les parents qui exercent conjointement l'autorité parentale peuvent saisir le juge aux affaires familiales, afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent le partage de tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale avec un tiers* ». La convention qui sera soumise à l'homologation du juge est donc soumise à l'unique volition des parents. Cette proposition législative pourrait donc entraîner une banalisation de l'autorité parentale, « *potentiellement préjudiciable à l'enfant, dans la mesure où l'intervention d'un tiers, par définition, non parent, dans l'exercice de l'autorité parentale, est*

¹ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 295.

² THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 296.

³ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 295.

⁴ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, art. 14.

une mesure grave pour l'enfant et son équilibre psychologique »¹. Le partage n'a effectivement pas besoin d'être motivé par des circonstances particulières ou les besoins de l'éducation de l'enfant. Seule la volonté des parents est prise en compte. Le texte précise ensuite que « *le juge peut également être saisi par l'un des parents qui exercent l'autorité parentale. Le partage nécessite l'accord des deux parents* ». Cette précision législative prend en compte la réalité des familles recomposées. La convention de partage suppose une entente des parents. Or, il n'est pas certain qu'il y ait une entente et un accord lorsque les parents se séparent. Quoiqu'il en soit, lorsque les parents exercent conjointement l'autorité parentale, leur accord commun est nécessaire, ce qui n'est pas le cas si l'exercice de cette autorité appartient exclusivement à l'un d'entre eux. En effet, il est précisé que « *la même faculté appartient au parent qui exerce seul l'autorité parentale. L'avis de l'autre parent doit être recueilli* ». De ce point de vue, rien n'interdit de penser que le parent qui exerce seul l'autorité parentale sollicite du juge l'homologation d'une convention de partage de la fonction parentale, afin d'évincer le parent légal de la vie de l'enfant. A nouveau, ce texte favorise la réification sociale de l'enfant au lieu de la refuser. Le mineur est instrumentalisé par l'un de ses parents pour donner un fondement juridique à la place du tiers dans la famille recomposée. L'enfant est utilisé comme un facteur d'intégration du beau-parent dans la famille.

L'intervention du juge aux affaires familiales ne semble pas suffisante pour protéger l'enfant. Le législateur semble imposer une homologation systématique de la convention, étant donné que le texte dispose que « *dans tous les cas, le juge homologue la convention, sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement du ou des parents n'a pas été donné librement* ». En cela, les parents seraient libres « *de s'entendre avec un tiers, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant* »². La simple homologation de la convention par le juge aux affaires familiales peut être perçue comme une validation de l'accord des adultes *a posteriori*³, reléguant l'intérêt de l'enfant au second plan⁴. Le magistrat ne serait pas en mesure d'apprécier l'opportunité de la convention de partage⁵. De ce point de vue, « *l'accord des adultes devient le seul critère d'un partage que le juge doit homologuer* »⁶ par principe. Le consentement et la volonté des parents priment « *sur l'enfant qui peut pourtant vivre très mal*

¹ LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 74.

² LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 75.

³ LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 75.

⁴ En l'état actuel du droit positif, le juge aux affaires familiales prononce la délégation partage de l'autorité parentale si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Avec l'homologation judiciaire, le partage devient le principe sauf à ce que l'intérêt y fasse obstacle.

⁵ En ce sens : BRUGGEMAN (M.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 294.

⁶ MIRKOVIC (A.), précité, *D.*, 2014, p. 1450.

cette banalisation d'un partage donnant à un tiers autorité sur lui »¹. Il n'est pas anodin pour l'enfant qu'un tiers exerce à son égard des prérogatives parentales². Le tiers disposerait d'un exercice de l'autorité parentale, concurremment avec les père et mère. Cela pourrait rendre difficile, voire impossible, la direction du mineur. Elle pourrait également conduire à une marginalisation du parent qui ne vit pas avec l'enfant ou être vécue comme par l'enfant comme un désengagement de ses parents à son égard³. Une atteinte serait ainsi portée à l'autorité des parents⁴. Pour autant, la protection de l'enfant constitue « un des éléments forts de cet ordre public familial permettant de refuser une homologation judiciaire ». L'article 372-3-7 du Code civil insiste sur « l'importance de la coparentalité en matière d'organisation et d'exercice de l'autorité parentale »⁵, comme l'a démontré la jurisprudence. La décision du juge ne saurait être commandée par le seul bon vouloir des parents ou de l'un d'eux et doit, quel que soit l'accord de ceux-ci, rechercher quelle est la meilleure décision à prendre dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, une juridiction ne peut que refuser, nonobstant l'accord des parties sur ce point, la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale à la seule mère dans l'intérêt supérieur du mineur⁶. De même, un simple pacte entre les parents ne saurait suffire à priver un enfant de l'autorité conjointe et attentive de son père et de sa mère⁷. Par conséquent, si cette proposition de loi aboutit, il est probable que le juge aux affaires familiales refuse d'homologuer des conventions de partage de l'autorité parentale qui ne ménageraient pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou qui seraient uniquement fondées sur la volonté des adultes. Admettre l'inverse risquerait de dénaturer l'autorité parentale.

3/ L'autorité parentale dénaturée

564. La transformation de l'autorité parentale. – En attribuant à des tiers, « selon leur convenance », des droits familiaux que les membres de la famille ne peuvent obtenir qu'en recourant au juge, le législateur « amorce une profonde transformation de l'autorité parentale »⁸,

¹ MIRKOVIC (A.), précité, *D.*, 2014, p. 1450.

² MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude n° 28.

³ FULCHIRON (H.), précité, *in op. cit.*, *Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 141 ; MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude n° 28.

⁴ FENOUILLET (D.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *La parentalité en question : la parenté éprouvée*, *Petites Affiches*, 24 mars 2010, n° 59, p. 7.

⁵ MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), « L'homologation judiciaire en droit de la famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 373.

⁶ CA Paris, 10 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-263748 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 101, obs. MURAT (P.).

⁷ CA Metz, 11 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-264375 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 101, obs. MURAT (P.).

⁸ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 3.

laquelle n'appartient pourtant qu'aux père et mère¹ en raison de l'établissement du lien de filiation. La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale² s'inscrit « *dans le mouvement de contractualisation du droit de la famille en général et de l'autorité parentale en particulier* », ce qui avait déjà été constaté à propos de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers³. L'autorité parentale perdrait sa nature juridique, liée à l'établissement de la filiation, pour devenir un fait sociologique et privé. Elle deviendrait « *un pouvoir, détaché de toutes obligations corrélatives, dont les parents pourraient librement disposer* »⁴, ce que n'autorisent pourtant pas les articles 376 et 1388 du Code civil. Il existe une « *contradiction inhérente au partage de l'autorité parentale entre parents et beaux-parents* »⁵. La perturbation de l'autorité parentale se manifesterait alors par sa privatisation⁶, étant donné que « *la dévolution exclusive de l'autorité parentale aux parents, justifiée par l'ordre public de protection, pourrait faire l'objet d'une renonciation dès lors que la protection de l'enfant serait assurée par un autre* »⁷. La convention de partage de l'autorité parentale, en raison de la liberté excessive accordée aux parents, serait ainsi un instrument de désorganisation de l'autorité parentale⁸.

Les règles actuelles relatives au partage de l'autorité parentale tendent à « *éviter un démembrement de l'autorité parentale selon la convenance des parents* »⁹ à l'inverse de la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant¹⁰, qui conduit « *à placer un tiers au même niveau de responsabilité qu'un parent légal* »¹¹. Cette proposition de loi ne confère pour autant pas au tiers d'obligations envers l'enfant. Le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité » refuse la création d'une obligation alimentaire entre l'enfant et le beau-parent, car le dispositif « *repose sur des responsabilités librement et volontairement assumées* »¹². De cet engagement ne peut donc pas découler des obligations juridiques,

¹ Art. 371-1, al. 2 C. civ.

² Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature.

³ FULCHIRON (H.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Statut des tiers et/ou statut des familles homosexuelles ? », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 539, p. 17.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 3.

⁵ CICILE-DELFOSSÉ (M.-L.), précité, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 189.

⁶ FENOUILLET (D.), précité, *Petites Affiches*, 24 mars 2010, n° 59, p. 7.

⁷ CICILE-DELFOSSÉ (M.-L.), précité, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 189. Dans le même sens : LEROYER (A.-M.), précité, *RTD civ.*, 1998, p. 587.

⁸ BRUGGEMAN (M.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 294.

⁹ PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, Doc. AN, XII^{ème} législature, p. 245.

¹⁰ Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature

¹¹ PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, Doc. AN, XII^{ème} législature, p. 260.

¹² THERY (I.), LEROYER (A.-M.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 306.

notamment sur le plan alimentaire¹, mais à certaines conditions², le beau-parent pourrait bénéficier d'une majoration de la pension de retraite dans les mêmes conditions que les parents. De ce point de vue, la reconnaissance du statut du beau-parent bénéficie prioritairement à l'adulte, tandis que l'intérêt de l'enfant est relégué au second plan. Le beau-parent bénéficie de droits sur l'enfant sans que devoirs corrélatifs ne lui soient imposés. La volonté des parents et du beau-parent prime ainsi l'intérêt de l'enfant qui n'est pas prioritairement pris en compte. Si le beau-parent peut accomplir des actes usuels de l'autorité parentale et bénéficier d'avantages sociaux, pourquoi ne pas imposer à ce dernier un devoir d'entretien ou une obligation alimentaire envers l'enfant, notamment au moyen des articles 203, 213 et 220 du Code civil si les époux sont mariés ou de l'article 515-4 du même Code pour les partenaires, voire sur le terrain de la responsabilité civile³ ?

En l'état du droit positif, la solidarité familiale ne pèse que sur les parents. L'obligation d'entretien et d'éducation est exclusivement parentale⁴. Au demeurant, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel ayant refusé le jeu de l'enrichissement sans cause au profit d'un beau-père à la faveur de son divorce avec son épouse. Le mari réclamait à la femme une indemnisation pour avoir contribué davantage qu'elle aux dépenses de leur famille recomposée, qui formait « *une cellule familiale totalement intégrée et solidaire* ». Le bénéfice de l'action *de in rem verso* de l'article 1371 du Code civil lui a été refusé dès lors qu'il avait, dans son intérêt et à ses risques et périls, contribué à entretenir les enfants d'une première union de celle qu'il avait choisi d'épouser. Le beau-père « *avait poursuivi un intérêt personnel* » de sorte que l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatifs étaient causés⁵. Il existerait donc *de facto* une obligation d'entretien à la charge du beau-parent que le législateur pourrait consacrer. Cela est d'autant plus vrai que la Cour de cassation avait admis implicitement l'existence d'une obligation naturelle d'entretien à la charge d'un beau-père marié avec la mère des enfants, en refusant que celui-ci puisse prétendre à une récompense due par la communauté sur le fondement de l'article 1437 du Code civil lors du

¹ THERY (I.), LEROYER (A.-M), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 303 et 306.

² Le beau-parent devrait avoir assuré la charge effective de trois enfants.

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *in* NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 111 ; GROSS (M.), précité, *in* NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *op. cit.*, coll. Doc'en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 134-135. Voir également : NEIRINCK (C.), « Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 443 ; HAUSER (J.), précité, *in* FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *op. cit.*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 322.

⁴ RIEUBERNET (C.), « Les limites de la solidarité familiale », *in* NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 55.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}., 12 janvier 2011, n° 09-71.572.

divorce¹. Les juges ont ainsi concrétisé un lien de fait, qui supplée l'inexistence ou la défaillance d'un lien de droit entre l'enfant et le beau-parent².

La Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant avait jugé que « *même s'il arrive que des liens très forts se nouent entre un enfant et son beau-parent, celui-ci doit respecter la place des parents, et en particulier de celui qu'il a remplacé dans la vie de l'autre* »³. La construction d'un statut du tiers ou de la parentalité doit être accomplie dans le respect de la parenté⁴. Le mineur « *a besoin de se situer dans une filiation* ». En ne fondant le rôle du beau-parent que sur la seule volition des parents, « *l'enfant risque d'être élevé dans l'indifférenciation entre parents et tiers, c'est-à-dire dans une absence complète de continuité généalogique* »⁵. La reconnaissance de la place du beau-parent impliquerait une confusion des repères pour l'enfant et une dilution de l'autorité parentale entre plusieurs adultes⁶. Cela entraînerait une homogénéisation des places des adultes dans la famille, tant symboliquement et psychiquement, chacun d'entre eux exerçant l'autorité parentale⁷. En outre, le contentieux ne disparaîtrait pas pour autant, car le juge serait « *toujours saisi, mais au moment de la rupture du couple formé par le parent et le tiers* »⁸. L'intervention judiciaire serait donc toujours nécessaire, mais elle pourrait être plus nombreuse et les conflits familiaux plus âpres, ce qui ne peut que préjudicier à l'intérêt de l'enfant⁹.

565. La multiplication des intervenants auprès de l'enfant. – L'accroissement des intervenants successifs dans l'exercice de l'autorité parentale risque de multiplier les risques de conflits familiaux dont l'enfant serait le premier à souffrir. Si cela est vrai pour le mandat d'éducation quotidienne bien que le législateur ne l'ait pas envisagé, c'est également le cas pour le partage de l'autorité parentale. Il a été prévu que « *le partage prend fin par une convention homologuée par le juge ou, en cas de désaccord, par un jugement à la demande du tiers ou de l'un des parents. Si la demande émane d'un parent qui exerce l'autorité parentale, le juge y fait*

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 2010, *Bull. civ. I*, n° 33.

² POMART-NOMDEDEO (C.), « Légiférer autrement en droit des personnes et de la famille ? Le législateur français à la croisée des chemins », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 319.

³ PECRESSE (V.), *Rapport n° 2832* précité, t. 1, *Doc. AN, XII^{ème} législature*, p. 254.

⁴ En ce sens : FENOUILLET (D.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : l'effet probable d'entraînement », *Petites Affiches*, 24 mars 2010, n° 59, p. 18.

⁵ LEONETTI (J.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 76.

⁶ CICILE-DELFOSE (M.-L.), précité, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 189.

⁷ LEONETTI (J.), *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 76.

⁸ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 3.

⁹ NEIRINCK (C.), précité, *Dr. famille*, 2014, repère n° 3.

droit, sauf circonstances exceptionnelles »¹. La décision de mettre fin à la convention de partage de l'autorité parentale est susceptible de générer des conflits autour de l'enfant, ce d'autant plus si c'est un parent qui n'exerce pas l'autorité parentale qui demande de mettre fin à la convention. Il est aussi possible d'imaginer que le tiers accomplisse des actes de l'autorité parentale ne correspondant pas à l'orientation voulue par ce parent pour son enfant. Dans ce cas, ce dernier ne dispose d'aucun moyen pour mettre fin au partage auquel il n'a pas consenti. La convention homologuée de partage de l'autorité parentale peut dès lors entraîner une négation de la qualité de parent. Selon Monsieur Yves LEQUETTE, le partage de l'autorité parentale avec les beaux-parents pourrait même remettre « *en cause l'idée de coparentalité qui veut le couple parental survive à sa séparation* »². Il risquerait d'aboutir « *à une précarisation de la fonction parentale dévolue aux parents, fonction déjà fragilisée par la séparation* »³.

Il est également « *à craindre que les couples recomposés ne soient pas plus stables que le couple qui a donné naissance à l'enfant, de sorte que celui-ci risque de devenir l'enjeu de la rupture intervenant entre le parent et le compagnon ou le nouveau conjoint avec lequel l'autorité parentale a été partagée* »⁴. L'enfant serait à nouveau un objet de possession entre l'un de ses parents et le beau-parent, ce dernier tentant de s'approprier l'enfant. Un conflit est susceptible d'apparaître, tandis que l'enfant risque « *d'être, juridiquement, directement mêlé aux ruptures sentimentales que pourra connaître chacun de ses parents au cours de sa vie, voire même d'en devenir l'enjeu* »⁵. Dans ce cas, la séparation conflictuelle entre le parent et le beau-parent menace le libre-arbitre de l'enfant, au point d'en faire un objet d'aliénation. Il ne semble dès lors pas pertinent de libéraliser l'association d'un tiers à l'exercice de l'autorité parentale en ne le soumettant qu'à la seule volonté des parents. La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale⁶, s'inscrit à contre-courant du refus de réification sociale de l'enfant. Elle tend prioritairement à satisfaire l'intérêt immédiat des adultes vivant auprès du mineur et désireux de créer une pluriparentalité, y compris en instrumentalisant l'intérêt de l'enfant⁷.

¹ Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature, art. 14.

² Cité par LEONETTI (J.), Rapport précité, Doc. fr., 2009, p. 76.

³ CICLE-DELFOSSÉ (M.-L.), précité, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 189. Sur ce point, voir notamment : JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2011, p. 579.

⁴ Cité par LEONETTI (J.), Rapport précité, Doc. fr., 2009, p. 76.

⁵ Yves LEQUETTE cité par LEONETTI (J.), Rapport précité, Doc. fr., 2009, p. 75.

⁶ Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature.

⁷ FENOUILLET (D.), précité, *Petites Affiches*, 24 mars 2010, n° 59, p. 18. Dans le même sens : CICLE-DELFOSSÉ (M.-L.), précité, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 189.

Faire participer « un tiers à l'exercice de l'autorité parentale est une mesure grave, qui ne saurait être fondée exclusivement sur la relation qui existe entre le tiers et le parent de l'enfant »¹. Le mineur n'est pas « un prétexte pour conférer un statut de beau-parent au tiers et le droit ne doit pas être utilisé contre l'intérêt de l'enfant, qu'il est initialement censé protéger »². Le mandat d'éducation quotidienne ou le partage de l'autorité parentale ne peuvent être justifiés que par les besoins de l'éducation de l'enfant. Ils ne peuvent pas être fondés sur les convenances personnelles des adultes. C'est la raison pour laquelle il convient de maintenir et de renforcer le rôle du juge aux affaires familiales. Celui-ci ne doit pas se contenter d'homologuer la convention de partage de l'autorité parentale. Au contraire, le mandat d'éducation quotidienne ou le partage de l'autorité parentale ne doivent être possibles qu'après une intervention judiciaire. De tels actes ne peuvent être laissés à la seule discrétion des volontés individuelles³. Ainsi, il serait envisageable de soumettre le mandat d'éducation quotidienne à une homologation judiciaire et de ne permettre le partage de l'autorité parentale qu'après une décision judiciaire. C'est à ces conditions que le primat de l'intérêt de l'enfant serait garanti.

Section 2. La protection du libre arbitre de l'enfant

566. La responsabilisation des parents. – Le mineur est une personne qui dispose d'une réelle capacité juridique, même si celle-ci est limitée en pratique. L'emprise que les parents peuvent exercer sur l'enfant est néanmoins susceptible de supprimer son libre arbitre. L'enfant ne dispose plus de la faculté de se déterminer par lui-même et avec l'assistance de ses père et mère, dont la fonction est d'orienter le mineur vers une autonomie qu'il acquerra à sa majorité. Cette ascendance intellectuelle et morale que les parents usent sur l'enfant aboutit à une perturbation de son équilibre socio-psychologique, ce qui nuit à son développement, à sa santé voire à sa sécurité. L'enfant est un objet d'aliénation dans sa famille, alors même qu'il a droit au respect par le fait qu'il est une personne selon l'article 371-1 du Code civil⁴.

Le dysfonctionnement des relations familiales, qu'elles soient conjugales ou parentales, troublent les rapports dans la cellule familiale. Il est alors possible de constater une maltraitance de l'enfant par les structures⁵. Le mode de vie de la famille fait que l'enfant est le témoin des

¹ LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 76 ; MIRKOVIC (A.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude n° 28.

² LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 76-77.

³ LEMOULAND (J.-J.), « Une question de pouvoirs », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 177.

⁴ NICOLAU (G.), précité, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 141.

⁵ GHITTI (J.-M.), *op. cit.*, Paris : Les éditions du Cerf, 2010, p. 248.

conflits familiaux ou de violences conjugales. Il n'évolue pas dans un environnement propice à sa stabilité et à son épanouissement. Il est donc impératif de mettre fin à ces conflits ou à cette violence domestique qui mettent en évidence une incapacité des parents à répondre aux besoins fondamentaux de l'enfant et à respecter la fonction parentale¹. Une responsabilisation des parents doit permettre de traiter les souffrances de l'enfant² qui n'a pas à être un objet d'aliénation dans sa famille. Dans cette situation, il s'agit notamment de protéger « *l'enfant du partage* » tel que Jean-Denis BREDIN l'a décrit dans son roman *Un enfant sage*³. Cela est d'autant plus important qu'une maltraitance par les structures peut conduire à une maltraitance par les actes⁴. Cette responsabilisation des parents peut être mise en œuvre par la gestion amiable des conflits familiaux (§ 1), à l'inverse des violences conjugales qui supposent une résolution contrainte des conflits parentaux. « *La violence révèle une volonté de puissance sur son auteur* ». Elle « *crée une asymétrie entre l'auteur des violences d'une part,* »⁵ et les victimes d'autre part. Cette annihilation du libre arbitre et de la parole de l'enfant, confronté à des violences conjugales, justifient une réponse spécifique en raison de la gravité et des particularismes de ces violences. Elles mettent en évidence une violation du principe de coparentalité, ce qui est également le cas lorsque l'un des parents ne respecte pas les droits de l'autre après une séparation conjugale (§ 2). La protection du libre arbitre de l'enfant consiste donc à favoriser le passage d'une sujétion du mineur par ses parents vers la qualité de personne qui doit lui être reconnue.

§ 1/ La résolution consensuelle des conflits parentaux

567. Une compétence du juge aux affaires familiales. – Le juge aux affaires familiales est compétent pour connaître du divorce et de ses conséquences, ainsi que des actions liées à l'exercice de l'autorité parentale⁶. Dans ce cadre, il doit spécialement veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs⁷. Il peut également « *prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents* »⁸. Par conséquent, il ne peut pas déléguer son pouvoir de décision en matière de fixation du droit de visite et d'hébergement. La Cour de cassation a jugé que le magistrat ne peut pas fixer un droit de visite au profit d'un père détenu, qui s'exercerait selon l'accord des parties et des modalités à

¹ FULCHIRON (H.), précité, *Deffrénois*, 2002, art. 37580, p. 959.

² GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

³ BREDIN (J.-D.), *op. cit.*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 1990.

⁴ GHITTI (J.-M.), *op. cit.*, Paris : Les éditions du Cerf, 2010, p. 249.

⁵ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 99.

⁶ Art. L. 213-3 C. org. jud.

⁷ Art. 373-2-6, al. 1^{er} C. civ.

⁸ Art. 373-2-6, al. 1^{er} C. civ.

définir avec l'administration pénitentiaire¹. Elle retient aussi que l'exercice du droit de visite et d'hébergement des parents ne peut pas dépendre uniquement de la volonté des enfants².

Le statut conféré au mineur constitue le premier dispositif de protection de l'enfant³. Il implique pendant la minorité une limitation de sa capacité à exercer ses droits, ce qui n'interdit pas de prendre en compte sa parole. En effet, l'enfant est un être humain capable d'exprimer une opinion. Son avis doit être pris en considération car il est l'objet de la procédure. Il est également un sujet de protection. La qualité de victime de sa famille reconnue à l'enfant justifie qu'il puisse s'exprimer dans les procédures le concernant. La consécration du droit du mineur à être entendu est la forme minimaliste de sa participation aux procédures. Par ce biais, il « *devient [...] acteur de la décision qu'il accepte d'autant plus aisément* »⁴. C'est un élément susceptible de garantir l'effectivité et l'adéquation de la mesure à l'objectif de protection du mineur victime de sa famille. Cela est d'autant plus vrai que le juge aux affaires familiales a pour mission de concilier les parties⁵. Cela nécessite qu'il prenne en compte la parole de l'enfant, afin de favoriser une décision consensuelle (A), ou qu'il encourage le recours à la médiation familiale (B). Un accord parmi les membres de la famille est alors recherché pour éviter l'apparition postérieure de toute objection. La difficulté pour le juge aux affaires familiales est donc d'assurer la protection de l'enfant et une responsabilisation des parents pour pacifier les relations familiales⁶.

A/ La prise en compte de la parole de l'enfant

568. L'audition sollicitée par le mineur. – L'article 12 de la CIDE consacre le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié⁷. Cette disposition précise que le mineur, capable de discernement, a le droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant prises en compte eu égard à son âge et à son degré de maturité⁸. L'enfant ne dispose pas d'un droit absolu à être entendu. La Cour de

¹ Cass. civ. 1^{ère}., 6 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 464.

² Cass. civ. 2^{ème}., 7 octobre 1987, *Bull. civ. II*, n° 190 – Cass. civ. 2^{ème}., 11 octobre 1995, *Bull. civ. II*, n° 232 – Cass. civ. 1^{ère}., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 103 – Cass. civ. 1^{ère}., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 276 – Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2013, n° 11-22.770. Voir également : Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, *Bull. civ. I*, n° 202 – Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-15.677.

³ CONSEIL D'ETAT, Rapport précité, *Doc. fr.*, 1991, p. 13.

⁴ CORPART (I.), précité, *AJ fam.*, 2007, p. 66.

⁵ Art. 373-2-10, al. 1^{er} C. civ.

⁶ GANANCIA (D.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 264.

⁷ Art. 12, § 2 CIDE.

⁸ Art. 12, § 1 CIDE.

cassation a consacré l'applicabilité directe de l'article 12, § 2 de la CIDE¹. Cette décision s'inscrit dans un mouvement législatif tendant à rendre le droit français conforme à la CIDE². La loi du 8 janvier 1993 a introduit l'audition du mineur concerné par une procédure judiciaire dans le Code civil, mais elle a renoncé au principe d'une audition obligatoire du mineur de plus de treize ans³ à la différence de la loi Malhuret⁴. En réalité, ce n'est qu'avec la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant qu'a été consacré un véritable droit de l'enfant d'être entendu⁵, l'audition n'étant plus soumise à l'unique appréciation du juge depuis 2007⁶.

La prise en compte de la parole du mineur, au cours d'une procédure le concernant, est un moyen de le protéger plus efficacement. Elle ne doit cependant pas conduire à son exposition dans le cadre d'un conflit familial⁷ ou à l'impliquer dans la procédure, en particulier s'il existe un risque d'instrumentalisation de sa parole. C'est la raison pour laquelle il faut protéger la parole de l'enfant et ne pas le contraindre à s'exprimer⁸. L'existence d'un SAP doit conduire à écarter le droit de l'enfant à être entendu en justice, au risque de renforcer ce SAP par le crédit conféré à la parole du mineur⁹. Il n'en demeure pas moins que donner la parole à l'enfant dans les procédures le concernant lui permet d'acquérir un espace de liberté, tout en lui reconnaissant la qualité de personne qui est la sienne¹⁰.

Hors la procédure d'assistance éducative dans laquelle l'enfant est en principe toujours entendu¹¹, l'audition de l'enfant par le magistrat est une simple faculté. Le juge aux affaires familiales n'est pas tenu d'y procéder. L'article 388-1 du Code civil énonce effectivement que « *le mineur capable de discernement [...] peut être entendu par le juge* ». Il peut donc décider d'office d'entendre le mineur. Le mineur peut également solliciter son audition par le juge aux affaires familiales qui sera tenu de répondre à la demande du mineur, l'audition étant par principe de droit dans cette hypothèse¹². Seule l'absence de discernement du mineur permet de faire

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 212 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 156, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *RTD civ.*, 2005, p. 583 et 585, obs. HAUSER (J.).

² BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 62.

³ L. n° 93-22 précitée.

⁴ L. n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *JO*, 24 juillet 1987, p. 8253, art. 10.

⁵ Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996, art. 3.

⁶ D. n° 2008-36 précité ; L. n° 2007-1155 précitée

⁷ BAUDIN-MARIN (M.-P.), « Audition du mineur à sa demande : réflexion inspirée par la jurisprudence », *Petites affiches*, 21 juin 2013, n° 124, p. 4.

⁸ En ce sens : CORPART (I.), précité, *RRJ*, 2005-4, p. 1807.

⁹ PARICARD (S.), « Le syndrome d'aliénation parentale, catalyseur d'un conflit des droits de l'enfant », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 71. Voir également : BRUGGEMAN (M.), « Le droit d'être entendu », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 107.

¹⁰ GEBLER (M.-J.), précité, *D.*, 1989, chron., p.118 ; NEIRINCK (C.), « L'enfant et la procédure civile », *Petites Affiches*, 3 mai 1995, n° 53, p. 76.

¹¹ *Supra*. § 216 ; DURAND (E.), précité, *AJ fam.*, 2014, p. 27.

¹² Art. 388-1, al. 2 C. civ.

obstacle à son audition de droit¹, laquelle ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée². Dans tous les cas, il devra en informer les parties conformément aux articles 16 et 338-6, alinéa troisième du Code de procédure civile³. « *Le législateur a consacré un droit quasi absolu de l'enfant d'être entendu en justice* »⁴, même si l'audition du mineur à sa demande est subordonnée à deux conditions alternatives selon l'alinéa premier de l'article 338-4 du Code de procédure civile⁵ (1). La satisfaction de l'une ou l'autre de ces conditions légales permet la réalisation de l'audition du mineur (2). Ces éléments imposent néanmoins de s'interroger sur les moyens de consolider l'effectivité de ce droit d'être entendu (3), car il permet véritablement de considérer l'enfant comme une personne⁶.

1/ Les conditions préalables à l'audition du mineur

569. Le discernement de l'enfant⁷. – Pour que le juge accepte d'entendre l'enfant, il faut que celui-ci soit discernant⁸. Le discernement n'est pas une notion juridique et ne fait pas l'objet d'une définition précise⁹. C'est au juge du fond qu'il revient d'apprécier souverainement cette capacité¹⁰. Cela suppose qu'il ait un premier contact avec l'enfant pour apprécier son degré de discernement et écarter tout doute sur ce point¹¹. Le discernement est « *la possibilité pour le mineur d'élaborer une stratégie d'action ou de représentation* ». Il « *entretient donc des rapports*

¹ *Infra*. § 569. La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant propose une modification de l'article 388-1 du Code civil. L'audition de droit serait écartée uniquement si l'intérêt de l'enfant le commande, ce qui *in fine* pourrait correspondre à une absence de discernement, notamment s'il est placé au centre d'un conflit de loyauté entre ses parents (*proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 19).

² Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 156, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *RTD civ.*, 2005, p. 583 et 585, obs. HAUSER (J.).

³ Cass. civ. 1^{ère}., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 279.

⁴ BRUGGEMAN (M.), précité, *in* NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. *Thèmes et commentaires*, Paris : Dalloz, 2014, p. 107.

⁵ L'alinéa premier de l'article 338-4 du Code de procédure civile est ainsi formulé : « *lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas* ».

⁶ NEIRINCK (C.), précité, *Petites Affiches*, 3 mai 1995, n° 53, p. 76.

⁷ La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 27 juin 2014, envisage de supprimer les mots « *capable de discernement* » de l'alinéa premier de l'article 388-1 du Code civil (*proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 19).

⁸ Art. 388-1, al. 1^{er} C. civ. ; art. 338-4, al. 1^{er} C. pr. civ.

⁹ BRUGGEMAN (M.), précité, *in* NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. *Thèmes et commentaires*, Paris : Dalloz, 2014, p. 107.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}., 25 février 2009, n° 08-18.126 (jeune âge des enfants et absence de maturité) – Cass. civ. 1^{ère}., 12 avril 2012, n° 11-20.357 (jeune âge des mineurs) – Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 2013, n° 12-12.224 (jeune âge de l'enfant soumis aux pressions de ses parents).

¹¹ Défenseur des droits, déc. n° MDE 2012-158, 12 novembre 2012, p. 4.

étroits avec la faculté pour le mineur d'apprécier les individus, objets et situations extérieures à sa personne »¹. La capacité de discernement s'apprécie par rapport à l'âge, bien que ce critère ne puisse pas être assimilé au discernement² ; le développement physique, intellectuel et social ; l'intelligence ou encore la réaction du mineur face aux conséquences de son choix ou de son acte³. Le discernement se caractérise en fonction de la maturité⁴ et du degré de compréhension de l'enfant. L'appréciation du discernement est « réalisée in concreto en fonction de l'âge, des aptitudes réelles de l'enfant et du contexte dans lequel il évolue »⁵. De ce point de vue, il ne semble pas pertinent d'admettre une présomption irréfragable de discernement de l'enfant lorsqu'il atteint l'âge de treize ans⁶. Cette proposition, si elle favorise les droits de l'enfant, semble excessive. Elle pose comme postulat que tous les enfants de plus de treize ans, qui demandent à être entendu, sont discernants. Or, il arrive fréquemment que la volonté d'être entendu ne soit pas celle de l'enfant, mais plutôt celle de l'un de ses père ou mère. Cette proposition pourrait favoriser une instrumentalisation du mineur par ses parents dans le conflit opposant ces derniers. Il faut pourtant préserver l'enfant contre l'exploitation de sa vulnérabilité en ne rendant pas systématique son audition à partir d'un certain seuil d'âge. Le droit, par son impuissance, ne doit pas contribuer à une réification de l'enfant, objet de son parent⁷, alors que son intérêt commande qu'il puisse « se percevoir comme un sujet et comme sujet libre »⁸. En outre, l'enfant serait susceptible d'intervenir dans une situation qui ne le regarde pas et pour laquelle il doit être protégé⁹. C'est le sens d'une décision de la Cour de cassation du 15 mai 2013¹⁰. Les magistrats de la Haute juridiction ont approuvé la décision des juges du fond de refuser l'audition d'une mineure qui « n'avait pas encore neuf ans et que les lettres contradictoires qu'elle avait écrites à quelques jours d'intervalle démontraient qu'elle était

¹ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 128.

² *Supra*. § 213.

³ En ce sens : BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 129.

⁴ La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant précise, à l'article 388-1 du Code civil, que l'enfant « doit être entendu selon des modalités adaptées à son degré de maturité » (*Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 19).

⁵ Défenseur des droits, déc. n° MDE 2012-158, 12 novembre 2012, p. 4. Voir également : DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013* précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 36.

⁶ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), *Rapport* précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 126. Il a même été proposé de fixer cet âge à cinq ans (*Proposition de loi n° 3834 visant à préserver l'autorité partagée et à privilégier la résidence alternée pour l'enfant en cas de séparation des parents*, *Doc. AN, XIII^{ème} législature*, art. 5).

⁷ PARICARD (S.), précité, in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 71. Voir également : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 135.

⁸ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 58.

⁹ En ce sens : BRUGGEMAN (M.), précité, in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 107.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 2013, n° 12-12.224.

soumise aux pressions de ses parents ». La cour d'appel de Bordeaux a adopté une position similaire dans un arrêt du 15 mai 2014¹. Elle a décidé de ne pas donner suite à la demande d'audition, présentée par un enfant par l'intermédiaire de son avocat, estimant que celui-ci, âgé de seulement onze ans et demi et objet du conflit opposant ses parents, ne disposait pas du discernement et de la maturité nécessaires pour être entendu dans le cadre de la présente procédure. L'enfant aurait-il eu cette maturité suffisante à treize ans ? Rien n'est moins sûr.

En donnant à l'enfant le droit d'être entendu à partir de l'âge de treize ans, le législateur risque de le placer au centre d'un conflit de loyauté lorsque le couple conjugal se sépare. Le mineur serait alors la « *victime – enjeu* » ou la « *victime – arbitre* » de la dissolution du couple². Le groupe de travail relatif aux « *nouveaux droits pour les enfants ?* » nuance cependant sa proposition. Le rapport affirme que si un principe de discernement à l'âge de treize ans est posé, « *le juge doit recevoir l'enfant quitte ensuite à estimer qu'il n'a pas le discernement* »³. Autrement dit, le juge pourrait écarter l'audition de l'enfant s'il juge qu'il n'est pas discernant à la suite d'une première rencontre. Il ne s'agirait donc pas d'une présomption irréfragable, mais d'une présomption simple. Cette idée est renforcée par le fait que le changement législatif de l'article 388-1 du Code civil, tel qu'il a été proposé par le groupe de travail, inclut la possibilité pour le juge de renverser la présomption de discernement. En effet, il est précisé que « *le juge ne peut pas considérer comme non discernant un enfant de plus de treize ans sur la base de son seul âge* ». D'autres éléments permettraient au magistrat de déterminer l'absence de discernement de l'enfant, ce d'autant plus que le seuil d'âge n'est pas le critère fondamental pour déterminer la capacité de discernement. Un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 2013 conforte cette idée⁴. La Haute juridiction a confirmé la décision d'une cour d'appel qui a refusé l'audition de deux mineures aux motifs que « *la capacité de discernement d'un enfant se trouvait assez facilement altérée par son environnement comme par des événements traumatiques* ». D'une part, « *Sarah et Lucie, la première, compte tenu de son âge et de sa maturité, davantage que la seconde, étaient manifestement prises dans un conflit de loyauté envers chacun de leurs parents, que la multiplication des procédures ne faisait qu'aviver* ». D'autre part, « *les différentes lettres de Sarah, qu'elles aient exprimé son souhait de vivre plutôt avec sa mère ou avec son père, n'étaient que le reflet de sa difficulté à s'exprimer librement* ». Agées de onze⁵ et sept⁶ ans lorsque la cour

¹ CA Bordeaux, 15 mai 2014, RG n° 13/04787.

² JUSTON (M.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 10 ; *supra*. § 427.

³ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 126.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, n° 12-13.402.

⁵ Il s'agit de l'enfant Sarah.

⁶ C'est la mineure Lucie qui était âgée de sept ans.

d'appel s'est prononcée, les deux mineures n'auraient *a fortiori* pas été discernantes à l'âge de treize ans, compte tenu du contexte familial dans lequel elles évoluaient.

L'âge ne traduit « *qu'une simple réalité qui ne préjuge rien du degré de maturité de chaque enfant dont l'évolution est individuelle* »¹. Un mineur âgé de douze ans peut être discernant, tandis qu'un enfant de quatorze ans ne le sera pas nécessairement. En outre, la CIDE opère une distinction sur ce point. L'article 12, § 1 de cette convention différencie l'âge du degré de maturité. Elle n'indique pas qu'un enfant est discernant à certain âge. Par conséquent, la capacité de discernement doit « *nécessairement s'apprécier, non pas au regard de l'âge de l'enfant, mais en fonction de sa maturité et au regard de la procédure en question* »². C'est la raison pour laquelle il ne paraît pas cohérent de poser une présomption de discernement en fonction de l'âge de l'enfant. A l'inverse, une présomption de discernement pourrait être posée lorsque le mineur sollicite de lui-même une audition par le juge dans une procédure qui le concerne. C'est le sens de la proposition formulée par le Défenseur des droits³ reprise, dans une certaine mesure, par le groupe de travail relatif aux « nouveaux droits pour les enfants ? »⁴. L'idée consiste à obliger le juge à entendre l'enfant pour évaluer sa capacité de discernement et vérifier qu'il n'est pas manipulé par un des parents⁵. Le juge serait tenu d'entendre préalablement l'enfant pour déterminer sa capacité de discernement, « *sauf à considérer qu'il existe des critères déterminés in abstracto et que l'on applique à tout enfant* »⁶. Le groupe de travail relatif aux « nouveaux droits pour les enfants ? » propose également une modification de l'article 388-1 du Code de civil en ce sens, afin que tout enfant qui le demande soit entendu personnellement par son juge⁷. Au cours de cette première audition, le magistrat pourrait donc déterminer si l'enfant est ou non discernant et décider d'entendre le mineur par la suite. Cette première rencontre permettrait de créer un climat de confiance, propice à l'expression future de la parole de l'enfant.

570. Une procédure concernant le mineur. – L'enfant n'a le droit d'exprimer son opinion que si la procédure le concerne. Cela signifie que cette procédure doit *a priori* préexister

¹ DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013* précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 36.

² DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013* précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 37.

³ DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013* précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 7 et 36.

⁴ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 127. Il est également proposé de modifier l'article 388-1 du Code civil afin que soit mentionné que le mineur qui saisit un juge est présumé être doué de discernement.

⁵ Voir également : FRANCOZ-TERMINAL (L.), « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30.

⁶ DOUCHY-LOUDOT (M.), « L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 12.

⁷ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), *Rapport précité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 127.

à la demande d'audition du mineur. Néanmoins, le législateur n'a apporté aucune précision sur l'intensité du rapport entre l'objet de la procédure et la demande de l'enfant à être entendu. Il est donc permis de penser que la procédure doit mettre en jeu les intérêts de l'enfant¹, ce qui suppose d'apprécier souplement ce critère². En effet, ce ne peut être que pour cette raison que le mineur sera associé à la procédure le concernant.

Les procédures relatives à l'assistance éducative³ et à l'exercice de l'autorité parentale sont le cadre privilégié de l'exercice du droit du mineur à être entendu⁴. Le juge aux affaires familiales devrait ainsi avoir l'obligation de rechercher l'adhésion du mineur à la mesure qu'il envisage, dès lors que ce dernier est capable de discernement. Si la procédure au cours de laquelle il est entendu concerne l'enfant, il paraît cohérent de solliciter son avis sur ses conditions de vie et sur la perception de la situation familiale. Cette solution garantirait une prise en considération véritable de la parole de l'enfant, particulièrement lors d'un conflit familial aigu. Cette participation effective de l'enfant discernant dans la procédure le concernant garantirait le respect de ses droits et la protection qui lui est due. La décision judiciaire gagnerait probablement en efficacité en raison de la participation effective de l'enfant à une procédure qui le concerne directement. La recherche de l'adhésion du mineur n'implique pas qu'il doive consentir à la décision du juge ou qu'il doive donner son accord⁵. Ce n'est pas à l'enfant de décider⁶, au risque de voir l'*imperium* du juge remis en cause. L'enfant, même âgé de quinze ou seize ans, ne peut pas disposer d'un droit de veto sur l'orientation prévue par le juge aux affaires familiales⁷. Admettre le contraire reviendrait à faire du mineur une « victime – arbitre » de la séparation ou de la situation conflictuelle⁸. En outre, dès lors que les parents ne peuvent pas s'en remettre à la parole de l'enfant pour trancher leur litige, il ne paraît pas cohérent de permettre au juge de le faire. L'adhésion de l'enfant discernant à la mesure envisagée ne devrait être qu'un élément que le juge aux affaires familiales prend en considération lorsqu'il se prononce sur les modalités

¹ FRANCOZ-TERMINAL (L.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30.

² En ce sens : MASSIP (J.), « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application) », *Dr. famille*, 2010, étude n° 22.

³ *Supra*. § 216.

⁴ Le juge aux affaires familiales pourra également entendre le mineur dans le cadre de la procédure relative à la protection des victimes de violences conjugales.

⁵ *Contra*. ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 126.

⁶ JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 320.

⁷ *Contra*. ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 126.

⁸ JUSTON (M.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 10 ; *supra*. § 427 et 569.

d'exercice de l'autorité parentale¹. Il convient cependant de reconnaître explicitement cette mission au juge aux affaires familiales. L'alinéa premier de l'article 373-2-6 du Code civil pourrait être complété en ce sens. Cette mention expresse de l'office du juge aux affaires familiales pourrait également être envisagée à l'alinéa premier de l'article 373-2-10 du Code civil qui impose au juge aux affaires familiales de concilier les parties en cas de désaccord. Dans ces deux hypothèses, il serait mentionné que « le juge aux affaires familiales s'efforce de rechercher l'adhésion du mineur discernant à la décision envisagée ». Cette modification semble d'autant plus importante que la procédure devant le juge aux affaires familiales déterminera les modalités dans lesquelles s'exerceront les prérogatives parentales et le mode de vie du mineur. Elle favoriserait probablement une résolution consensuelle du litige familial, tout en donnant à l'enfant la possibilité d'agir sur sa propre situation. Cette idée est confortée par le fait que l'article 338-2 du Code de procédure civile exclut tout formalisme lors de la présentation de la demande d'audition par le mineur

Le mineur peut demander à être entendu en tout état de la procédure. Cela veut dire qu'il peut être entendu en appel et cela même s'il a été entendu en première instance². La loi reconnaît effectivement à l'enfant le droit d'être entendu. Corrélativement, le juge a donc l'obligation de l'écouter³ ou *a minima* de se prononcer sur sa demande d'audition⁴, ce qui conforte l'idée que le magistrat doit recevoir personnellement le mineur, afin de déterminer s'il est ou non discernant. La demande peut être orale ou écrite, émaner directement ou non de l'enfant, mais dans ce cas, l'audition peut être refusée si le juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant⁵ même discernant. Le législateur a confirmé la position jurisprudentielle de la Cour de cassation selon laquelle la demande d'audition du mineur doit en principe être présentée au juge par l'intéressé. Une cour d'appel peut ainsi ne pas répondre, par une décision spécialement motivée, à une attestation rédigée par un tiers faisant indirectement état du souhait de l'enfant d'être entendu⁶. Il n'en demeure pas moins que cette position législative et jurisprudentielle constitue « *un frein important à l'audition du mineur : si en plus d'être doué de discernement, il doit présenter sa demande directement, cela repousse grandement l'âge auquel il*

¹ Il s'agit de l'une des propositions du groupe de travail relatif aux « nouveaux droits pour les enfants ? ». L'article 373-2-11 du Code civil serait modifié en ce sens (ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 128).

² Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 2012, *Bull. civ. I*, n° 212. *Contra.* : Cass. civ. 1^{ère}, 2 avril 1996, *Bull. civ. I*, n° 163.

³ DOUCHY-LOUDOT (M.), précité, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 12.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 156, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *RTD civ.*, 2005, p. 583 et 585, obs. HAUSER (J.) – Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 2010, n° 09-14.939.

⁵ Art. 338-4, al. 2 C. civ.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 286.

pourra être entendu »¹. Peu d'enfants, même matures, sont capables de prendre une telle initiative seuls. En protégeant l'enfant des manœuvres d'un parent, voire d'un professionnel, la loi et la jurisprudence le privent de son droit à exprimer son opinion. Cette solution permet cependant de protéger l'enfant contre ses parents en évitant tout conflit de loyauté ou l'apparition d'un SAP². La faculté de jugement du mineur peut effectivement être altérée « *en raison d'un élément qui caractérise l'enfant, trop souvent méprisé dans les conflits familiaux : la dépendance de l'enfant à l'égard de ses parents* »³. La protection de l'enfant victime de sa famille serait donc assurée par le refus du juge de l'entendre. Le droit de l'enfant d'être entendu en justice doit incontestablement être relativisé si l'existence d'un SAP est avéré, afin d'éviter toute instrumentalisation de l'enfant par ses parents⁴.

571. Le refus de l'enfant d'être entendu par le juge. – Le mineur peut refuser de s'exprimer. La lettre de l'article 388-1 du Code civil ne semble cependant pas accorder au mineur un droit au silence. Selon le texte, lorsque l'enfant refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il pourrait donc contraindre l'enfant à s'exprimer. Pour autant, si le droit du mineur est considéré comme un droit subjectif, il devrait avoir le choix entre s'exprimer ou se taire. L'audition est un droit et non une obligation pour l'enfant. L'article 12, § 1 de la CIDE précise que le mineur a le droit d'exprimer librement son opinion. *A contrario*, il a aussi le droit de ne pas s'exprimer. Il faudra dès lors compter sur les avocats pour le lui rappeler⁵. A cet égard, la proposition du Défenseur des enfants d'inscrire, dans l'article 388-1 du Code civil, la possibilité pour l'enfant de refuser l'audition semble opportune⁶. Le Défenseur des droits a d'ailleurs rappelé, en 2013, que le droit au silence était le corollaire du droit d'être entendu⁷. Il est donc fondamental que l'enfant puisse refuser d'être entendu, notamment s'il ne souhaite pas prendre part au conflit familial⁸.

¹ THIERRY (J.-B.), « Modalités de la demande d'audition du mineur, obs. sous Cour de cassation, 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379 (n° 952 FS+P), *AJ fam.*, 2007, p. 432.

² En ce sens : BIGOT (J.), SCHAUDER (C.), « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 324 ; JUSTON (M.), TEIXEIRA (E.), « La co-audition de l'enfant dans les séparations familiales : une réponse adaptée à la protection de l'enfant », *Dr. famille*, 2011, étude n° 16.

³ PARICARD (S.), précité, in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 71. Voir également : NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 151.

⁴ PARICARD (S.), précité, in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 71.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), précité, *D.*, 2007, p. 1090.

⁶ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 243 et 247.

⁷ DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel 2013* précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 38.

⁸ En ce sens : LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat.* 2005-2006, p. 48.

2/ La réalisation de l'audition

572. Les modalités de l'audition. – Par principe, le mineur doit être entendu par le juge, mais celui-ci possède la faculté de déléguer l'audition à un tiers lorsque l'intérêt du mineur le commande¹. Il faut une circonstance particulière pour que le magistrat n'auditionne pas lui-même l'enfant. Il apparaît donc nécessaire qu'il reçoive personnellement l'enfant, spécialement pour déterminer sa capacité de discernement. L'audition du mineur par un tiers doit dès lors être subsidiaire². Elle ne devrait intervenir qu'après une première audition de l'enfant par le juge, qui s'assurera de la réalité du conflit familial sur lequel il est amené à se prononcer et dans lequel l'enfant est impliqué.

La personne mandatée par le magistrat ne devra pas entretenir de liens ni avec le mineur ni avec aucune partie afin de garantir l'impartialité de son intervention³. Elle doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique⁴. Ainsi, les avocats ne peuvent pas être désignés pour accomplir cette mission. Le décret du 20 mai 2009⁵ a remis en cause des pratiques qui consistaient pour l'avocat à transmettre au juge les sentiments de l'enfant de manière informelle le jour de l'audience. Ce dernier n'est plus le vecteur de la parole de l'enfant devant le magistrat. Il devra cependant garantir l'effectivité de l'exercice du droit de l'enfant à être entendu et faciliter l'expression de ses sentiments, en l'accompagnant au cours de son audition devant le juge ou le tiers désigné à cet effet⁶.

Le rôle du tiers se limite au recueil exclusif de la parole de l'enfant et à sa transmission au juge. Il est évident que les juges n'ont pas forcément acquis une expérience pour écouter et comprendre les mots de l'enfant, alors que ces savoirs sont indispensables dans le domaine de la protection de l'enfance victime de sa famille⁷. La délégation de l'audition à un psychologue permet d'aller au-delà de ce qu'un juge peut effectivement comprendre. Cela est d'autant plus vrai que le mineur a souvent subi plusieurs traumatismes, notamment psychologiques⁸. La parole de l'enfant doit néanmoins être reçue avec précaution, surtout s'il est instrumentalisé par l'un de

¹ Art. 388-1, al. 1^{er} C. civ.

² DOUCHY-LOUDOT (M.), précité, *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 127-2, 2010, § 48.

³ Art. 338-9, al. 1^{er} C. pr. civ.

⁴ Art. 338-9, al. 2 C. pr. civ.

⁵ D. n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JO*, 24 mai 2009, p. 8649.

⁶ FRANCOZ-TERMINAL (L.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30.

⁷ NAVES (P.) et *al.*, *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 165.

⁸ De ce point de vue, la pratique de la co-audition de l'enfant présente un intérêt certain puisqu'elle permet à l'enfant d'accéder à un juge tout en garantissant un recueil adéquat de sa parole (JUSTON (M.), TEIXEIRA (E.), précité, *Dr. famille*, 2011, étude n° 16 ; en ce sens : ATTIAS (D.), « L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 330.).

ses parents¹. C'est la raison pour laquelle le magistrat reste libre de sa décision. Le mineur ne doit avoir qu'un rôle consultatif. Le droit à la parole de l'enfant est purement formel². A l'issue de l'audition, un compte rendu devra être réalisé dans le respect de l'intérêt de l'enfant et du contradictoire³. Il ne s'agit pas d'un acte de procédure, comme la rédaction d'un procès-verbal d'audition, mais d'un simple compte-rendu. Cela laisse une certaine liberté aux magistrats⁴ dès lors qu'ils font mention de l'audition dans leur décision⁵. La rédaction de ce compte-rendu présente un risque certain pour le mineur qui peut s'exposer à des représailles de la part de ses parents mis en cause dans leurs rôles éducatifs et/ou affectifs⁶. Il faut donc éviter de faire apparaître les éléments qui donneraient prise au ressentiment des père et mère. Une certaine confidentialité est nécessaire, particulièrement dans les situations familiales conflictuelles⁷. Par conséquent, un compte rendu oral lors de l'audience en présence des parties semble le mieux à même de concilier les exigences de protection du mineur et du respect de contradictoire⁸, ce que ne dément pas la Cour de cassation⁹. Au demeurant, si le magistrat est là pour réaffirmer les droits de l'enfant, il doit aussi conforter l'autorité parentale face aux dérives que la parole de l'enfant peut entraîner¹⁰. Les parents doivent pouvoir assumer leur rôle quand ils se séparent, bien que celui-ci soit à réinventer en raison des aménagements nécessaires que la rupture entraînera sur l'exercice de l'autorité parentale. En effet, « *la parole de l'enfant peut créer plus de conflit que de paix* »¹¹. Elle est susceptible d'entraîner un affaiblissement de l'autorité parentale et un désordre dans la famille, ce d'autant plus si la parole de l'enfant est instrumentalisée. Un parent peut tenter de créer un rapport affectif et exclusif avec l'enfant dans le but d'exclure l'autre. Il ne faut donc pas que l'enfant devienne un arbitre de la séparation sous l'influence de pressions endogènes et exogènes¹², car cela pourrait entraîner une déresponsabilisation des père et mère¹³. Les parents doivent être mesure « *de réinventer leurs rôles respectifs quand ils se séparent et*

¹ BIGOT (J.), SCHAUDER (C.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 324 ; CADIEU (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 612.

² La décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours selon l'article 338-5, alinéa premier du Code de procédure civile. Si la demande est formée par les parties, il s'agit d'une mesure d'instruction qui ne peut être contestée indépendamment de la décision au fond (art. 338-5, al. 2nd C. pr. civ.).

³ Art. 338-12 C. pr. civ.

⁴ GEBLER (L.), « Audition de l'enfant » (Interview), *AJ fam.*, 2009, p. 239.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n° 09-67.468.

⁶ BIGOT (J.), SCHAUDER (C.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 324.

⁷ JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 320.

⁸ BIGOT (J.), SCHAUDER (C.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 324 ; DOUCHY-LOUDOT (M.), précité, *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 127-2, 2010, § 50.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, *Bull. civ. I*, n° 135.

¹⁰ JUSTON (M.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 320.

¹¹ JUSTON (M.), « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant-roi, enfant proie », *Gaz. pal.*, 16 mars 2013, n° 75, p. 11.

¹² ROTH (C.), « Les dix ans de la résidence alternée », *RLDC*, 2012/91, n° 4589.

¹³ En ce sens : JUSTON (M.), précité, *Gaz. pal.*, 16 mars 2013, n° 75, p. 11.

d'associer étroitement et intelligemment leur enfant aux décisions à prendre »¹ pour faciliter une résolution consensuelle du conflit parental. Par exemple, l'audition de l'enfant peut s'avérer dangereuse pour ce dernier lorsqu'il est question de mettre en œuvre une résidence alternée. Selon Monsieur Cyril ROTH, « *elle révèle pour le mineur un péril spécifique : la propension à donner son accord à une solution pratique qui ne heurte ni l'un ni l'autre parent et alimente la recherche fantasmatique du bonheur de la vie commune d'avant la séparation* »². Le législateur a ainsi prévu que les conditions dans lesquelles l'audition de l'enfant devait se réaliser pourront être modifiées si des « *motifs graves s'opposent à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initialement prévues* »³. Une indispensable marge de manœuvre est laissée au juge pour faire face à la réalité de la situation et pouvoir s'adapter à l'évolution de celle-ci, des comportements des parties ou de l'enfant⁴. L'audition de l'enfant témoigne effectivement des excès parentaux⁵.

573. L'accompagnement du mineur. – Le juge aux affaires familiales et l'avocat ont pour mission de protéger l'enfant contre ses parents, mais aussi contre lui-même en raison du droit à la parole qui lui est donné. Il ne faut pas que les enfants soient des décideurs. Dans ce cadre, l'avocat devrait pouvoir un rôle particulier. L'article 388-1, alinéa deuxième du Code civil précise que l'enfant « *peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne* ». L'alinéa deuxième de l'article 338-6 du Code de procédure civile prévoit que l'enfant soit informé de son droit à être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix lorsque la convocation pour l'audition lui est adressée. La possibilité pour l'enfant de venir accompagné de la personne de son choix permet de donner au mineur un contexte favorable pour l'expression de ses opinions⁶. Elle présente cependant un risque si c'est un membre de la famille qui est choisi. Dans ce cas, il paraît difficile pour l'enfant de sortir du conflit familial. Il faut donc encourager la neutralité de l'audition en favorisant l'assistance du mineur par un avocat⁷, lequel paraît le mieux à même de défendre les intérêts de l'enfant.

¹ JUSTON (M.), précité, *Gaz. pal.*, 16 mars 2013, n° 75, p. 11.

² ROTH (C.), précité, *RLDC*, 2012/91, n° 4589.

³ Art. 338-11 C. pr. civ.

⁴ FRANCOZ-TERMINAL (L.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30.

⁵ NEIRINCK (C.), précité, *in* NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 25.

⁶ DOUCHY-OUODOT (M.), précité, *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 127-2, 2010, § 46.

⁷ LARDEUX (A.), *Rapport n° 393* précité, *Doc. Sénat*. 2005-2006, p. 48.

574. La nature juridique de l'audition. – La nature procédurale de l'audition du mineur est incertaine¹. Il ne s'agit pas d'une mesure d'expertise, d'autant plus que l'article 388-1 ne s'applique pas dans cette matière². Elle peut s'apparenter à une mesure d'instruction³ puisque l'audition contribue à informer le magistrat sur la situation familiale. En effet, elle ouvre une parenthèse dans la procédure puisqu'elle doit intervenir avant la décision finale et être organisée en amont. C'est un acte procédural à part entière. L'audition du mineur ne peut être ni réalisée dans le cadre d'une audience, ni intégrée à une mesure d'expertise ou d'enquête⁴ comme une enquête sociale⁵. Le juge ne peut plus se dispenser de l'audition de l'enfant même si celui-ci a déjà été entendu dans le cadre d'une enquête sociale⁶.

A la différence de la procédure d'assistance éducative, l'audition ne confère pas au mineur la qualité de partie à la procédure⁷. Cette position législative, affirmée par l'article 388-1, alinéa troisième du Code civil, a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 novembre 2005⁸. La Haute juridiction a également refusé de transmettre une QPC relative à la constitutionnalité de cette disposition dans un arrêt du 23 octobre 2013⁹. Cela signifie que l'enfant ne dispose pas d'autres droits au cours de la procédure, comme celui de consulter le dossier¹⁰. Il est donc présent sans pouvoir jouir d'un droit d'action. C'est à cette dernière condition que sa parole aura un poids véritable. L'expression employée au Code civil est cependant « *équivoque car le mineur est nécessairement partie au procès lorsque ses propres droits sont l'objet du litige* »¹¹. En réalité, il est une « *partie juridiquement incapable* »¹². C'est pourquoi il vaudrait mieux « *dire que l'audition du mineur ne lui confère pas la capacité juridique dont il est en principe privé en raison de son âge* »¹³, ce qui justifierait de donner à l'enfant le droit de saisir le juge aux affaires familiales.

¹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 612.

² Cass. civ. 1^{ère}., 23 mars 2011, *Bull. civ. I*, n° 59 – Cass. civ. 1^{ère}., 28 septembre 2011, n° 10-23.502.

³ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 612. Dans le même sens : FRANCOZ-TERMINAL (L.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30.

⁴ FRANCOZ-TERMINAL (L.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30.

⁵ Art. 373-2-12 C. civ.

⁶ Cass. civ. 2^{ème}., 5 juin 1991, *Bull. civ. II*, n° 173 – Cass. civ. 2^{ème}., 14 janvier 1998, n° 96-15.327 – CA Lyon, 2 avril 2009 cité par BAZIN (E.), « Du nouveau en matière d'audition de l'enfant » (entretien), *JCP G.*, 2009, 184.

⁷ *Supra*. § 211.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 434. Voir également : CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/04503.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}., 23 octobre 2013, n° 13-40.054, QPC.

¹⁰ Sauf en matière d'assistance éducative (*supra*. § 212 et s.).

¹¹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 611.

¹² CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 445 et 611.

¹³ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 611.

3/ Renforcer la participation de l'enfant dans les procédures le concernant

575. Une information insuffisante du mineur. – La possibilité pour le mineur de participer à la résolution amiable du conflit familial ne peut être effective que s'il a été préalablement informé. C'est à cette condition qu'il pourra donner un avis et s'exprimer librement au cours de la procédure. Cette obligation d'information incombe en premier lieu aux représentants légaux du mineur¹, c'est-à-dire principalement les parents. Selon l'article 371-1, alinéa troisième du Code civil, ils « *associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* », ce qui sera *a fortiori* le cas lorsqu'ils sollicitent l'intervention du juge. Cette association permet à l'enfant de « *prendre part aux débats et à la négociation* », mais « *dans la sphère familiale, il s'agit plus d'une affirmation symbolique que d'une réelle obligation parentale* »². Il n'est pas certain que les père et mère informent le mineur de manière adéquate. Ensuite, l'enfant ne dispose pas de moyens juridiques pour faire respecter ce principe. Cela confirme la portée limitée de ce postulat formulé en des termes imprécis et indéterminés³. C'est pourquoi le législateur a consacré l'information du mineur sur son droit à être entendu, bien que celle-ci demeure limitée en pratique. Elle dépend de la volonté des parents. L'article 338-1, alinéa premier du Code de procédure civile énonce que « *le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant* ». Le quatrième alinéa de l'article 388-1 du Code civil impose également au juge de s'assurer que « *le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat* » et cela, afin de pallier une éventuelle défaillance parentale. L'audition de l'enfant en justice suppose une demande de sa part. Il doit donc connaître son droit⁴, dont l'exercice ne peut être soumis à la seule volonté de ses parents. Le défaut d'information du mineur pourrait être justifié par la volonté des père et mère d'éviter l'audition de ce dernier dans des circonstances particulières⁵.

Pour la Cour de cassation, c'est au titulaire de l'autorité parentale que revient la charge d'informer le mineur discernant de son droit à être entendu en justice et à être assisté d'un avocat. Un parent ne peut pas reprocher à des magistrats de ne pas s'être assurés qu'il avait bien satisfait

¹ HAYAT (J.-M.), FRICERO (N.), « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF*, 2009-10/10.

² CORPART (I.), précité, *RRJ*, 2005-4, p. 1807.

³ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1209 et 1211.

⁴ HAYAT (J.-M.), FRICERO (N.), précité, *RJPF*, 2009-10/10

⁵ GOUTTENOIRE (A.), « Audition du mineur », in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 236.132.

à son obligation d'information de l'enfant¹. Dans une autre espèce, la Haute juridiction a toutefois jugé qu'une cour d'appel a légalement justifié sa décision dès lors qu'elle « *a régulièrement informé l'enfant de son droit à être assisté par un avocat* »². Par conséquent, si les magistrats ne sont pas tenus de vérifier que le parent a satisfait à son obligation d'information du mineur, ils doivent impérativement informer ce dernier de son droit à être assisté d'un avocat lorsqu'ils procèdent à son audition. Cela suppose néanmoins que l'enfant ait été préalablement informé de son droit à être entendu. En effet, si le mineur ne sollicite pas son audition par le juge, rien ne permet de démontrer que l'enfant a bien été informé de son droit à être entendu. Autrement dit, « *un doute peut planer sur la réalité de cette information* »³. La circulaire du 3 juillet 2009 fait état de cette difficulté⁴. Elle précise qu'en « *l'absence de demande d'audition de la part du mineur capable de discernement, la preuve de ce qu'il a bien été destinataire des renseignements exigés par l'article 388-1 du Code civil pourra notamment être rapportée par un écrit signé des parents, mentionnant qu'ils ont informé le mineur de ses droits et qu'il ne souhaite pas en faire usage* »⁵. Pour autant, la production d'une lettre rédigée par les parents garantit-elle l'information effective du mineur ? A l'inverse, le fait pour les enfants de voir un avocat permet de présumer qu'ils ont été informés de leur droit à être entendus et qu'ils n'ont pas souhaité exercer ce droit⁶. Une information de l'enfant pourrait ainsi avoir lieu sur le modèle du droit écossais⁷. Cette législation prévoit que l'enfant doit être informé de son droit à être entendu chaque fois qu'il est concerné par une procédure. Une notification personnelle est directement adressée par courrier au mineur, celle-ci comportant une enveloppe préparée et pré-timbrée afin de lui permettre de répondre au juge par écrit. Les parents peuvent cependant faire obstacle à l'information de l'enfant de son droit à être entendu. Ils doivent alors introduire une demande de dispense de notification auprès du juge avec les éléments fondant cette demande⁸. Néanmoins, rien ne permet de garantir que l'enfant sera bien le destinataire du courrier qu'il lui est adressé. Une modification de l'article 388-1 pourrait toutefois intervenir, afin d'obliger le magistrat à informer

¹ Cass. civ., 1^{ère}, 28 septembre 2011, n° 10-23.502 – Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-17.275 – Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n° 12-27.431.

² Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, n° 08-18.145.

³ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 236.134.

⁴ Circ. n° CIV/10/09 du 3 juillet 2009 de présentation du décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, non publiée.

⁵ Circ. n° CIV/10/09 du 3 juillet 2009 précitée, p. 3.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-65.838 (le dossier contenait une lettre de chacun des avocats de l'enfant).

⁷ FRANCOZ-TERMINAL (L.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30. Voir également : ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 127.

⁸ FRANCOZ-TERMINAL (L.), précité, *Dr. famille*, 2009, étude, n° 30. Voir également : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 236.132.

systématiquement l'enfant de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat¹. Cette information devrait intervenir au cours de l'instruction du dossier. Une autre solution est également envisageable. Elle consisterait à obliger le juge à recevoir une première fois le mineur afin qu'il lui notifie verbalement son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat. Cela éviterait l'envoi d'un courrier à l'enfant, ce d'autant plus que rien ne garantit effectivement que le mineur ait accès à ce courrier. Lors de cette première rencontre entre le magistrat et l'enfant, le juge pourrait non seulement informer l'enfant de ses droits, mais aussi évaluer sa capacité de discernement si celui-ci décide d'exercer son droit à être entendu.

576. Donner à l'enfant la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales. – Le mineur n'a pas la capacité pour ester lui-même en justice. L'accès au juge lui est interdit, y compris dans les procédures relatives à l'autorité parentale². Seule la procédure d'assistance éducative échappe à ce principe³. Par conséquent, il ne peut solliciter du juge aux affaires familiales ni une délégation de l'exercice de l'autorité parentale⁴ ni une modification de celui-ci ou du droit de visite et d'hébergement. De même, il ne peut pas saisir le tribunal de grande instance d'une demande en retrait de l'autorité parentale ou d'une déclaration judiciaire d'abandon. Il ne dispose pas de la qualité pour agir.

L'enfant est également « *dépourvu d'intérêt pour agir, entendu comme le fait de voir sa situation juridique modifiée par le résultat du procès* »⁵. Il n'est pas le destinataire de la règle invoquée devant le magistrat « *faute de voir un droit substantiel atteint par la décision* »⁶. Au demeurant, la protection naturelle du mineur ne permet pas de nier son autonomie. Il n'est pas qu'un objet de protection, car c'est également un sujet de protection. L'enfant « *est une personne douée d'un certain discernement dont le point de vue doit être retenu* »⁷. En d'autres termes, si le mineur n'a pas un intérêt juridique pour agir, au sens où il n'est pas titulaire de droits subjectifs relatifs à l'exercice de l'autorité parentale susceptibles de justifier son action, il possède un intérêt concret pour intervenir dans la procédure⁸. Cela est d'autant plus vrai qu'il ne peut être entendu

¹ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 243 et 247 ; ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), *Rapport* précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 127.

² CORPART (I.), précité, *RRJ*, 2005-4, p. 1807.

³ *Supra.* § 211.

⁴ Paradoxalement, le mineur semble disposer d'un droit d'appel dans les procédures relatives à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale (art. 1191 et 1209 C. pr. civ. combinés) alors qu'il ne peut pas être demandeur en première instance.

⁵ GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2003, p. 368.

⁶ MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2006, étude n° 31.

⁷ CORPART (I.), précité, *RRJ*, 2005-4, p. 1807.

⁸ GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2003, p. 368.

par le juge que si la procédure le concerne. Cela signifie que l'enfant doit avoir un intérêt personnel en jeu qui doit être direct et certain, peu importe qu'il soit immédiat ou futur, moral ou pécuniaire¹. L'enfant pourrait donc avoir un intérêt pour agir, car sa demande serait susceptible de modifier sa condition juridique en l'améliorant². L'autoriser à saisir le juge aux affaires familiales lui permettrait de faire modifier sa situation, ce qui garantirait sa protection.

En se fondant sur une conception souple de l'intérêt pour agir, il serait possible d'admettre que le mineur possède un intérêt pour agir dans les procédures relatives à l'autorité parentale³. Ce faisant, l'enfant aurait un intérêt pour agir en ce qu'il serait une « *personne qui souffre d'un "mal" auquel l'exercice de l'action peut apporter un "remède"* »⁴. L'enfant victime de sa famille pourrait être autorisé à saisir le juge aux affaires familiales pour que celui-ci intervienne dans la famille comme « remède » aux défaillances des père et mère, c'est-à-dire au « mal » qui fait souffrir l'enfant. En outre, il ne serait pas nécessaire que le mineur « *invoque une atteinte portée à une prérogative quelconque, droit, pouvoir ou liberté, pour justifier d'un intérêt personnel. L'invocation d'un préjudice personnellement subi est suffisante, qu'il soit matériel ou moral* »⁵. Or, si l'enfant est la victime de sa famille, il est indéniable qu'il subit personnellement un préjudice. De ce point de vue, le mineur devrait *a minima* être autorisé à provoquer un débat dans les procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale⁶. Cela lui permettrait d'accéder au droit et à la justice, d'autant que le droit d'agir en justice est l'expression d'une liberté publique⁷. Il est ainsi permis de se demander « *si l'exclusion de principe de l'enfant des personnes ayant qualité pour agir en matière d'autorité parentale ne constitue pas une disposition critiquable parce qu'à la fois excessive et privée de réel fondement* »⁸. Une capacité similaire⁹ à celle qui lui est reconnue en matière d'assistance éducative pourrait être octroyée à l'enfant dans le cadre des procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale. De plus, ces différentes procédures sont proches¹⁰ lorsqu'il s'agit de protéger l'enfant victime de sa famille. Une modification de l'article 373-2-8 du Code civil pourrait être envisagée afin que l'enfant puisse

¹ NEIRINCK (C.), précité, *Petites Affiches*, 5 octobre 1994, n° 119, p. 15 ; CORPART (I.), précité, *RRJ*, 2005-4, p. 1807.

² CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 357.

³ MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2006, étude n° 31 ; BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1214.

⁴ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 357.

⁵ GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), DELICOSTOPOULOS (C.), et al., *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2005, § 670.

⁶ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1214.

⁷ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013, § 371.

⁸ MURAT (P.), précité, *Dr. famille*, 2006, étude n° 31.

⁹ Cette capacité de l'enfant ne tendrait pas à remettre en cause le monopôle dont les titulaires de l'autorité parentale sont investis. L'action de l'enfant n'aurait pas pour objectif de leur faire concurrence, mais plutôt à les obliger à exercer leurs prérogatives dans son intérêt.

¹⁰ BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), *op. cit.*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014, § 1214.

saisir le procureur de la République. Ce serait alors ce dernier qui saisirait le juge aux affaires familiales. Il exercerait en quelque sorte un filtre dans l'intérêt de l'enfant, notamment afin de vérifier que le mineur n'est pas manipulé par l'un de ses parents. D'autres proposent une saisine directe du juge aux affaires familiales en application de ce texte¹. Dans l'un et l'autre cas, le mineur disposerait d'un moyen juridique pour permettre au juge aux affaires familiales de statuer sur ses conditions de vie, en particulier s'il est confronté à un conflit dans la cellule familiale, nonobstant l'existence d'un danger au sens de l'article 375 du Code civil². Le magistrat pourrait dès lors convoquer les parents afin de rechercher une issue à la situation familiale conflictuelle. Une médiation familiale pourrait même être initiée par le juge après sa saisine par le mineur. Cette démarche ne dépendrait donc plus uniquement des parents, tandis que l'intégration du mineur dans cette voie faciliterait la résolution consensuelle des problèmes familiaux.

B/ Le recours à la médiation familiale

577. Déconflictualiser les séparations parentales. – Lorsque le couple se sépare, il est possible qu'un conflit s'installe et perdure entre les parents au-delà de la séparation. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de déconflictualiser les séparations parentales afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant³. Le conflit est au cœur de la dissolution du couple parental, en ce qu'il affecte l'ensemble des relations dans la famille. Cette implosion de la cellule familiale a nécessairement des conséquences pour le développement et l'équilibre de l'enfant. En outre, le recours au juge ne peut qu'accroître les tensions dans la famille, à moins que le médiateur ne soit là pour apaiser les tensions et éviter leurs aggravations⁴. Une résolution amiable du conflit consécutif à une séparation parentale est envisageable. Elle pourrait être réalisée au moyen d'un accompagnement des parents dans la gestion de leurs différends. La médiation familiale devrait permettre de trouver des accords pour régler les problèmes organisationnels de la vie quotidienne : scolarité, santé, loisirs, religion, relations, vacances, entretien, résidence de l'enfant⁵. Elle implique une démarche active des parents et la reconnaissance, ainsi que la valorisation de leurs compétences. La médiation familiale tend « à restaurer la communication et

¹ ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 124.

² En ce sens : ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 123.

³ JUSTON (M.), GARGOULLAUD (S.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 4.

⁴ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), précité, in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 139.

⁵ En ce sens : JACQUEY-VASQUEZ (B.), RAYMOND (M.), SITRUK (P.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2013, p. 38

à préserver les liens entre les personnes, plus particulièrement les membres de la famille »¹. Elle permet de repenser l'intérêt de l'enfant dans les conflits entre adultes² par la recherche d'une meilleure collaboration des parents³, notamment pour qu'ils ne considèrent pas l'enfant comme un enjeu et apprécient son intérêt hors de leur conflit⁴. La médiation est susceptible de prévenir des situations de crise dans la famille par l'anticipation d'une dégradation des liens parents-enfants. Elle contribue à la protection de l'enfant victime de sa famille par une résolution consensuelle des conflits familiaux, ce qui suppose de s'interroger sur la définition de la médiation familiale (1) avant d'analyser sa mise en œuvre (2).

1/ La définition de la médiation familiale

578. L'objectif de la médiation familiale. – La médiation familiale a pour « *vocation de pacifier les conflits conjugaux et parentaux* »⁵. Elle apparaît comme « *un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision – le médiateur familial – favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution* »⁶. Le groupe de travail « médiation familiale et contrat de co-parentalité » a adopté une définition similaire de la médiation familiale. Pour les auteurs du rapport, « *la médiation familiale qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux qui s'appuie sur une démarche volontaire. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une solution mutuellement acceptable, tenant compte de l'intérêt*

¹ JUSTON (M.), GARGOULLAUD (S.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 5.

² LEONETTI (J.), Rapport précité, *Doc. fr.*, 2009, p. 85 et s.

³ GOUTTENOIRE-CORNUT (A) précité, *Dr. famille*, 2002, chron. n° 24.

⁴ EGÉA (V.), précité, *RRJ*, 2004-2, p. 651.

⁵ GANANCIA (D.), « Paysage de la médiation familiale en France », *Gaz. pal.*, 2001, I, p. 779.

⁶ Définition donnée par le Conseil national consultatif de la médiation familiale en 2002, disponible sur <http://www.mediation-familiale.org/orange/index.aspx>, consulté le 18 mai 2013. La loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative définit la médiation comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* » (*JO*, 9 février 1995 p. 2175, art. 21 ; mod. par ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, *JO*, 17 novembre 2011 p. 19286, art. 1^{er}).

de chacun et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge »¹. Cette définition a été reprise par la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014².

La Cour européenne des Droits de l'Homme a précisé qu'une mesure de médiation familiale est souhaitable en tant qu'aide à la compréhension et à la coopération de l'ensemble des parties au litige. Elle constitue un facteur important à la résolution pacifique et adéquate du conflit qui tient compte de l'état psychologique de l'enfant³. La médiation familiale a pour objet la restauration ou la construction d'un dialogue dans la famille, ainsi que le rétablissement des liens familiaux dans l'intérêt de l'enfant. Son objectif premier est d'éviter une rupture des liens parents-enfants dans la durée⁴. Elle assure également un soutien à la parentalité puisque les parents pourront assumer leur rôle et leur responsabilité éducative envers l'enfant, y compris en cas de séparation⁵. Ils doivent être capables de prendre, avec l'aide du tiers médiateur, les solutions les plus appropriées aux besoins de l'enfant, ce d'autant plus qu'ils sont les mieux placés pour les connaître⁶. La médiation familiale participe à la responsabilisation des parents pour le bien-être et la protection de l'intérêt de l'enfant⁷. Qualifiée de « *processus responsabilisant* »⁸, elle intervient dans la création et la réparation du lien social, la prévention et la réparation des conflits entendus dans leur diversité et leur évolution. Le recours à la médiation est toutefois illusoire dans des situations de violences aggravées, ce d'autant plus qu'elle augmente le risque d'emprise de l'auteur des violences sur la victime⁹. Un sentiment d'impunité s'ajoutera à la culpabilisation de la victime.

¹ JUSTON (M.), GARGOULLAUD (S.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 9.

² Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature, art. 16.

³ Cour EDH, 6 décembre 2011, *Cengiz kiliç c/ Turquie*, req. n° 16192/06, § 132.

⁴ CA Nîmes 23 mai 2007, Jurisdata n° 2007-342718.

⁵ Sur ces éléments : JUSTON (M.), précité, *Dr. famille*, 2008, étude n° 10.

⁶ GANANCIA (D.), « La justice familiale dans l'air du temps », *Gaz. pal.*, 2001, I, p. 774

⁷ CA Paris, 21 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-258438 – CA Colmar, 29 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-277890 – CA Nîmes, 2 novembre 2005, Jurisdata n° 2005-292404 – CA Lyon, 21 novembre 2006, RG n° 06/02333 – CA Paris, 30 novembre 2006, Jurisdata n° 2006-329900 – CA Paris, 12 juillet 2007, Jurisdata n° 2007-338347 – CA Montpellier, 24 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-357221.

⁸ RONGEAT-LOUDIN (F.), « Droit de la famille collaboratif et médiation familiale : union ou désunion ? », *RJPF*, 2011-2/10.

⁹ La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant a ainsi exclu l'injonction à une ou deux séances de médiation familiale lorsque « des violences ont été commises par l'un des parents sur la personne de l'autre parent ou sur la personne de l'enfant » (proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature, art. 17 ; pour un point de vue critique : JUSTON (M.), « Violences conjugales et affaires familiales », *AJfam.*, 2014, p. 489 (l'auteur considère que la médiation, sous certaines conditions, pourrait se révéler utile et protectrice de la victime et de l'enfant)).

579. Médiation familiale et droit de la famille collaboratif. – La médiation familiale est distincte du droit collaboratif, même si celui-ci se développe dans le domaine familial. Ces deux modes alternatifs de règlement des conflits ont néanmoins un point commun : la recherche d'un accord afin d'éviter tout conflit judiciaire. Malgré cet objectif identique, la médiation familiale et le droit de la famille collaboratif sont gouvernés par des logiques différentes¹. Le droit collaboratif tend à éviter une saisine contentieuse du juge, tandis que la médiation familiale « propose la gestion d'un conflit »². En d'autres termes, la procédure participative vise à résoudre un différend avant toute saisine du juge. A l'inverse, la médiation familiale peut intervenir avant toute saisine du juge, mais elle peut également avoir lieu une fois que le magistrat a été saisi. Cette dernière ne se limite donc pas à un litige que le juge serait appelé à trancher. Elle ne concerne pas que des points de droit. Le conflit est à la fois « émotionnel, psychologique, économique et éventuellement juridique »³. Dans ces hypothèses, la résolution consensuelle du conflit familial permettra de poser les fondements d'un dialogue futur entre les membres de la famille grâce au cadre posé par le tiers intervenant au titre d'une médiation familiale ou de l'élaboration d'une convention de procédure participative. La famille est dès lors autonome dans la gestion du conflit initial⁴. Il a justement été relevé que « la médiation est procédure d'apaisement des conflits "sur mesure" » qui devrait entraîner « un effet de réduction du retour des parties devant le juge »⁵. Pour autant, la mise en œuvre de la médiation familiale peut s'avérer délicate en pratique. C'est un processus volontaire qui ne dépend que de la volonté des parties. En effet, « désorientées et fragilisées par la rupture et le conflit, elles considèrent le recours au juge comme la seule solution pour "gagner" leur différend. Elles perçoivent la médiation comme une forme de justice incertaine et imprécise, n'apportant pas la même sécurité juridique qu'une décision judiciaire »⁶. La résistance des membres de la famille constitue donc un frein à la mise en œuvre de ce processus.

2/ La mise en œuvre de la médiation familiale

580. Le processus de médiation familiale. – La médiation familiale, qui peut être conventionnelle ou ordonnée par un magistrat, profite à tous les membres de la famille : parents

¹ RONGEAT-LOUDIN (F.), précité, *RJPF*, 2011-2/10.

² RONGEAT-LOUDIN (F.), précité, *RJPF*, 2011-2/10.

³ RONGEAT-LOUDIN (F.), précité, *RJPF*, 2011-2/10.

⁴ RONGEAT-LOUDIN (F.), précité, *RJPF*, 2011-2/10.

⁵ TASCA (C.), MERCIER (M.), *Rapport d'information n° 404 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la justice familiale*, Doc. sénat, 2013-2014, p. 59.

⁶ TASCA (C.), MERCIER (M.), *Rapport d'information n° 404* précité, Doc. sénat, 2013-2014, p. 54.

séparés ou en instance de séparation, enfants en rupture avec leurs parents, grands-parents en conflit avec le couple parental et qui souhaitent conserver un lien avec l'enfant¹. Elle peut être mise en œuvre à l'initiative des parents, voire des grands-parents. Ils s'adressent alors directement à un tiers, médiateur familial², afin d'éviter une judiciarisation du conflit. La médiation conventionnelle est régie par les articles 1532 et suivants du Code de procédure civile. En cas d'accord, les parties peuvent faire homologuer celui-ci par le juge aux affaires familiales afin de le rendre exécutoire³. Le magistrat n'est toutefois pas tenu d'homologuer l'accord, en particulier si l'intérêt de l'enfant n'est pas suffisamment sauvegardé⁴.

La médiation familiale peut être initiée par le juge aux affaires familiales lorsqu'il est déjà saisi du litige⁵. En réalité, ce sont les parents qui sont à l'origine de la mesure. En effet, le magistrat ne peut que proposer la médiation familiale aux parents et ce n'est qu'après avoir recueilli leur accord, qu'il désignera un médiateur pour y procéder⁶. Dès lors, le juge ne peut pas imposer la médiation sans le consentement des père et mère⁷. Il peut toutefois les enjoindre à rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de ce dispositif⁸, sauf s'il estime qu'il n'est pas opportun de les obliger à rencontrer un médiateur familial⁹. Suite à la médiation, l'accord trouvé par les parents sera homologué¹⁰, en particulier s'il est conforme à l'intérêt de l'enfant¹¹. Cependant, il ne s'agit que d'une obligation de moyen et les parents ne sont ni obligés de se prêter à la médiation, ni tenus de trouver un accord¹². Il est effectivement illusoire de penser que tout le contentieux familial puisse se régler par la médiation, compte tenu du refus

¹ Par exemple : CA Limoges, 17 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-350265 – CA Aix-en-Provence, 20 février 2008, Jurisdata n° 2008-365853 – CA Aix-en-Provence, 19 mars 2008, Jurisdata n° 2008-367965.

² Celui-ci devra « posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation » (art. 1533, 2° C. pr. civ.).

³ Art. 1534 et 1565 C. pr. civ.

⁴ Art. 373-2-7, al. 2, C. civ.

⁵ Art. 373-2-10 C. civ. et 1071 C. pr. civ.

⁶ Art. 373-2-10, al. 2, C. civ.

⁷ Pour des applications jurisprudentielles : CA Paris, 27 juin 2002, Jurisdata n° 2002-187960 – CA Paris, 3 avril 2003, Jurisdata n° 2003-208882 – CA Paris, 30 septembre 2004, Jurisdata n° 2004-263714 – CA Paris, 15 décembre 2004, Jurisdata n° 2004-266704 – CA Paris, 9 juin 2005, Jurisdata n° 2005-287326 – CA Dijon, 27 juillet 2006, RG n° 05/00139 – CA Douai, 16 octobre 2008, Jurisdata n° 2008-009002.

⁸ Art. 373-2-10, al. 3, C. civ. Pour des applications jurisprudentielles : CA Colmar, 29 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-277890 – CA Nîmes, 2 mars 2005, Jurisdata n° 2005-278555 – CA Riom, 13 juin 2006, Jurisdata n° 2006-312088 – CA Nîmes, 23 mai 2007, Jurisdata n° 2007-342718 – CA Montpellier, 24 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-357221 – CA Aix-en-Provence, 26 novembre 2008, Jurisdata n° 2008-009388.

⁹ CA Lyon, 29 janvier 2009, Jurisdata n° 2009-375647.

¹⁰ CA Paris, 7 mai 2003, Jurisdata n° 2003-218094 – CA Besançon, 5 septembre 2003, Jurisdata n° 2003-299919 – CA Lyon, 1^{er} juillet 2008, Jurisdata n° 2008-371538.

¹¹ CA Besançon, 5 septembre 2003, Jurisdata n° 2003-299919 – CA Aix-en-Provence, 5 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-359397 – CA Lyon, 1^{er} juillet 2008, Jurisdata n° 2008-371538.

¹² CA Orléans, 4 février 2003, Jurisdata n° 2003-224245 – CA Poitiers, 10 juin 2003, Jurisdata n° 2003-216497 – CA Douai, 24 mars 2005, Jurisdata n° 2005-291354 – CA Nîmes, 2 novembre 2005, Jurisdata n° 2005-292404 – CA Amiens, 24 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-345113.

des parties¹. Il ne paraît dès lors pas cohérent d'enjoindre les parents à prendre part à une ou deux séances de médiation familiale². Malgré ces échecs potentiels, les parents restent aptes à développer un dialogue constructif dans l'intérêt de l'enfant³. C'est probablement pour cette raison que la loi du 13 décembre 2011 a rendu la phase de médiation obligatoire, à peine d'irrecevabilité, avant toute saisine du juge aux affaires familiales⁴. Cette expérimentation s'applique par dérogation à l'article 373-2-13 du Code civil jusqu'au 31 décembre 2014⁵. Des exceptions au recours obligatoire à la médiation ont toutefois été organisées, notamment en cas de motif légitime comme des faits de violences, y compris psychologiques⁶. L'appréciation de ce critère est suffisamment large pour permettre aux parents d'échapper à la médiation obligatoire⁷. Cette mise en œuvre de la médiation familiale n'est qu'une déclinaison particulière des principes issus des articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile. Il n'en demeure pas moins que la médiation est « *un outil d'avenir pour une parentalité responsable* »⁸. Outre qu'elle favorise le développement d'un respect mutuel et le maintien des liens familiaux, elle participe à la résolution consensuelle des différends familiaux consécutifs à une séparation parentale. De ce point de vue, l'enfant est protégé « *des conflits familiaux car il a droit à ce que ses parents tentent d'instaurer une unité familiale* »⁹ au-delà de la rupture. Elle concourt donc à la responsabilisation des parents qui chercheront une solution la plus adaptée à la situation de la

¹ TASCA (C.), MERCIER (M.), *Rapport d'information n° 404* précité, *Doc. sénat*, 2013-2014, p. 59.

² *Contra*. Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, art. 17.

³ CA Lyon, 8 juillet 2008, Jurisdata n° 2008-002091.

⁴ L. n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JO*, 14 décembre 2011 p. 21105, art. 15.

⁵ L'expérimentation de la médiation familiale obligatoire est réalisée dans les tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras (Arr. du 16 mai 2013 désignant les juridictions habilitées à expérimenter certaines modalités de mise en œuvre de l'injonction de rencontrer un médiateur familial, *JO*, 31 mai 2013, p. 8959, art. 1er). Ainsi, pour l'application du troisième alinéa de l'article 373-2-10 du Code civil, les parties sont informées de la décision du juge leur enjoignant de rencontrer un médiateur familial soit par courrier, soit à l'audience. Il est indiqué aux parties le nom du médiateur familial ou de l'association de médiation familiale désignée et les lieux, jour et heure de la rencontre. Lorsque la décision est adressée par courrier, il leur est en outre rappelé la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée. Lors de cette audience, le juge homologue le cas échéant l'accord intervenu. En l'absence d'accord ou d'homologation, il tranche le litige (D. n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, *JO*, 16 novembre 2010 p. 20405, art. 1^{er}). Initialement prévue jusqu'au 31 décembre 2013, l'expérimentation a été prorogée d'un an (D. n° 2013-1280 du 29 décembre 2013 relatif à la suppression de la contribution pour l'aide juridique et à diverses dispositions relatives à l'aide juridique, *JO*, 30 décembre 2013, p. 22242, art. 23).

⁶ Cette exception au recours obligatoire à la médiation familiale a été reprise par la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant (*proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, art. 17).

⁷ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (A propos de la médiation obligatoire et la convention de procédure participative) », *Dr. famille*, 2012, étude n° 12.

⁸ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 98.

⁹ DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 98.

famille. Le recours au juge est évité et les décisions prises seront mieux acceptées par les parties¹ et l'enfant, en particulier s'il est entendu au cours du processus de médiation familiale.

581. L'audition de l'enfant dans le cadre de la médiation familiale. – La médiation familiale permet aux parents, dans le cadre d'un conflit sur l'exercice de l'autorité parentale ou la résidence de l'enfant, de déterminer et de prendre en considération l'intérêt supérieur du mineur. Ce dernier, victime du conflit de ses père et mère, vit toujours difficilement la séparation de ses parents. Or, quand la séparation parentale se réalise dans le conflit, le mineur subit une souffrance supplémentaire². Il est donc impératif que l'enfant soit informé des changements consécutifs à la séparation de ses parents, ce d'autant plus que cette dernière entraîne une reconfiguration familiale. Sa vie quotidienne s'en trouve bouleversée. L'enfant a deux maisons, deux lits, deux gâteaux d'anniversaire. Il est partagé entre ses parents³. La médiation permet de dégager l'enfant du conflit parental, étant donné que les père et mère pourront trouver un espace pour exprimer leurs reproches mutuels. C'est la raison pour laquelle le mineur serait exclu du processus de la médiation qui ne lui conférerait qu'une place symbolique⁴. Il paraît néanmoins souhaitable que l'enfant ne soit pas écarté de la médiation familiale, car cela éviterait une judiciarisation de sa parole⁵. Les parents doivent effectivement associer l'enfant aux décisions qui le concernent⁶. En outre, le mineur a le droit d'être entendu dans toutes les procédures le concernant selon l'article 12 de la CIDE, ce qui inclurait la médiation familiale. L'enfant doit dès lors disposer d'une place dans le processus de médiation, afin d'exprimer ses besoins et être considéré comme une véritable personne apte à donner son opinion⁷. Cela permettrait aux parents d'entendre son opinion et de répondre au mieux à ses attentes. Il est cependant nécessaire d'éviter une instrumentalisation des besoins de l'enfant dans le conflit opposant ses parents⁸. La parole de l'enfant dans le cadre d'une médiation familiale ne doit pas être utilisée et instrumentalisée à son profit par l'un des parents. Cette solution est également applicable lorsque les parents font appel à une convention de procédure participative en matière de divorce.

¹ JUSTON (M.), « L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ? », *Dr. famille*, 2010, étude n° 2 ; CALDERON-BRUNEAU (D.), « La médiation familiale », *Dr. famille*, 2011, fiche pratique n° 1.

² JUSTON (M.), « Justice et médiation familiale », *Gaz. pal.*, 28 octobre 2008, n° 302, p. 8.

³ BREDIN (J.-D.), *op. cit.*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 1990.

⁴ VAN KOTE (A.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 337.

⁵ GANANCIA (D.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 333.

⁶ Art. 371-1, al. 3 C. civ.

⁷ GANANCIA (D.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 333.

⁸ VAN KOTE (A.), précité, *AJ fam.*, 2009, p. 337.

582. La procédure familiale participative. – Distincte de la médiation familiale, la procédure participative autorise la recherche d'une résolution consensuelle d'un différend¹, notamment à propos de l'exercice de l'autorité parentale, entre les père et mère et avant toute saisine du juge². A nouveau, les parties ne sont pas obligées de recourir au juge pour homologuer leur accord. Ce n'est qu'une faculté³, sauf lorsque les époux mettent en œuvre cette procédure dans le cadre d'un divorce⁴. Autrement dit, le recours au juge n'est pas obligatoire en dehors d'une procédure de divorce, l'homologation judiciaire étant réalisée par la partie la plus diligente⁵. Il n'en demeure pas moins que si « *l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la requête mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat* »⁶.

Le domaine de la procédure familiale participative ne vise pas explicitement les différends relatifs à l'autorité parentale, à moins qu'ils apparaissent avant l'introduction d'une instance en divorce. L'alinéa premier de l'article 373-2-7 du Code civil, interprété *lato sensu*, permet toutefois de penser que les parents peuvent recourir à une convention de procédure participative en dehors de tout divorce. En effet, l'accord conclu entre les parents peut concerner un mineur et la procédure participative s'inscrit alors dans la continuité de l'article 373-2-7 du Code civil. L'alinéa premier de cette disposition prévoit effectivement que la saisine du juge aux affaires familiales n'est que facultative, lorsqu'il s'agit d'homologuer une convention relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. La lettre de l'alinéa troisième de l'article 1557 du Code de procédure civile abonde également en ce sens. La procédure d'homologation d'un accord mettant fin à l'entier différend comprend l'hypothèse où la convention de procédure participative porterait sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il semblerait cohérent d'ouvrir les procédures participatives aux différends relatifs à l'autorité parentale, qu'ils interviennent à l'occasion d'un divorce ou non⁷.

¹ En ce sens : FRICERO (N.), « La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différends familiaux », *AJ fam.*, 2013, p. 540.

² L'article 2062 du Code civil définit la convention de procédure participative. Il s'agit d'« *une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend* ».

³ Art. 2066 C. civ. ; art. 1556 et 1565 C. pr. civ.

⁴ Art. 2067 C. civ. ; art. 1556 C. pr. civ.

⁵ Art. 1557, al. 1^{er} C. pr. civ.

⁶ Art. 1557, al. 3 C. pr. civ.

⁷ JUSTON (M.), GARGOULLAUD (S.), Rapport précité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 13.

§ 2/ La résolution contrainte des conflits parentaux

583. L'échec de la résolution consensuelle des conflits parentaux. – La prise en compte de la parole de l'enfant et le recours à la médiation familiale permettent de résoudre les conflits parentaux par une gestion consensuelle et préventive des différends familiaux. Elles constituent des mesures pédagogiques et prophylactiques, susceptibles de garantir la protection du mineur. Ces dernières peuvent néanmoins s'avérer insuffisantes ou impossibles à mettre en œuvre, notamment en présence de violences domestiques. Un parent aliénant peut également entraver l'exercice de l'autorité parentale de l'autre par des agissements répétés ou des manipulations ayant pour objet la dégradation, voire la rupture du lien familial entre l'enfant et l'autre parent¹. A cet égard, la Cour européenne des Droits de l'Homme a admis, dans une espèce, que la non-réalisation du droit de visite du père était « *imputable surtout au refus manifeste de la mère, puis à celui de l'enfant, programmé par cette dernière* »². Elle considère que « *si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant* »³. Il est dès lors possible de prendre des mesures afin de sanctionner le comportement d'un parent. Celles-ci, nonobstant leur gravité, poursuivent l'intérêt supérieur de l'enfant⁴, car « *ce qui importe avant tout c'est que l'enfant voit ses deux parents* »⁵, spécialement par l'intermédiaire du droit de visite et d'hébergement. La vie familiale entre l'enfant et ses père et mère ne prend pas fin avec la séparation parentale⁶. Il convient dès lors de « *mettre en place un dispositif de mesures destinées à préparer la passation de l'enfant d'un parent à l'autre* »⁷, en particulier si le SAP a atteint un certain degré de gravité.

Si la gestion contemporaine des conflits familiaux tend à appréhender ces derniers de manière consensuelle, il est toujours possible de sanctionner un comportement parental. En effet, « *lorsque la solution consensuelle échoue, le droit intervient plus vigoureusement* »⁸. Cette

¹ Une proposition de loi, déposée en 2009, recommandait de modifier l'article 227-2 du Code pénal en ce sens (*proposition de loi n° 1710 visant à préserver l'autorité parentale partagée en cas de séparation des parents*, Doc. AN, XIII^{ème} législature).

² Cour EDH, *Zavrel c/ République Tchèque* précité, § 52. Voir également : Cour EDH, 20 juillet 2006, *Koudelka c/ République Tchèque*, req. n° 1633/05, § 67.

³ Cour EDH, *Zavrel c/ République Tchèque* précité, § 52.

⁴ En ce sens : Cour EDH, 1^{er} février 2011, *Karoussiotis c/ Portugal*, req. n° 23205/08, § 91.

⁵ GAREIL (L.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, § 207.

⁶ Voir notamment : GOUTTENOIRE (A.), précité, in LEMOULAND (J.-J.), LUBY (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 77 ; KIMMEL-ALCOVER (A.), précité, in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 43.

⁷ Cour EDH, 11 janvier 2011, *Bordeianu c/ Moldava*, req. n° 49868/08, § 82. Voir également : Cour EDH, *Zavrel c/ République Tchèque* précité, § 52.

⁸ En ce sens : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 371.

sanction peut être réalisée par le prononcé d'un exercice exclusif de l'autorité parentale, d'une modification ou d'une médiatisation du droit de visite et d'hébergement, mais l'analyse de la mise en œuvre de ces mesures a pu montrer certaines limites¹. Une autre sanction consisterait à inverser les modalités d'hébergement de l'enfant par la mise en œuvre du principe « californien » (A), tandis que les violences conjugales font l'objet d'une procédure spécifique (B).

A/ La mise en œuvre du principe « californien »

584. Principe « californien » et mythe du bon parent. – La société contemporaine a besoin du « *mythe du bon parent : un parent toujours guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant, un parent respectueux du père ou de la mère de son enfant, un parent qui, malgré la séparation, participe à l'éducation de l'enfant et maintient avec lui des relations personnelles, un parent qui verse régulièrement sa pension alimentaire* »². La mise en œuvre du principe « californien » participe à cette image du « *bon parent* »³ sans pour autant qu'il soit possible de le définir. Tout juste est-il possible d'affirmer que le bon parent serait celui qui entretient des relations personnelles avec l'enfant et qui est le plus apte à respecter les droits de l'autre comme l'énonce l'alinéa deuxième de l'article 373-2 du Code civil⁴ (1). A ce titre, la volonté du législateur de qualifier d'acte important « *le changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités de résidence de l'enfant ou le droit de visite de l'autre parent* »⁵ participe à la protection des relations entre l'enfant et chacun de ses père et mère. Cela démontre que l'un des parents en modifiant sa résidence, et *a fortiori* en faisant obstacle aux liens entre le mineur et son autre parent, peut avoir un comportement captatif, susceptible de conduire à une aliénation de la volonté de l'enfant. L'introduction de cette règle au Code civil devrait permettre « *à chacun des parents de mieux prendre connaissance et donc conscience de ses obligations en la matière* »⁶. Elle correspond au principe jurisprudentiel européen selon lequel « *la vie familiale des parents avec leurs enfants ne prend pas fin avec le divorce, et l'article 8 [de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales] inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec*

¹ *Supra*. § 430 et s.

² FULCHIRON (H.), « Pourquoi légiférer sur l'autorité parentale ? », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 27.

³ SINGLY (F. DE), « Qu'est-ce qu'un bon parent ? », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *op. cit.*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 13.

⁴ Pour un exemple concret : CA Paris, 24 mai 2012, RG n° 08/05350.

⁵ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 4.

⁶ CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925 précité, Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 15.

lui »¹. Pour autant, le parent qui respecte les droits de l'autre est-il compétent pour s'occuper de l'enfant au quotidien ? C'est la raison pour laquelle la préoccupation sociale actuelle consistant à atteindre ce mythe du bon parent ne doit pas occulter la satisfaction de l'intérêt supérieur du mineur. La mise en œuvre du principe « californien », par le transfert de la résidence habituelle de l'enfant ou le recours à un exercice exclusif de l'autorité parentale, trouve sa limite dans l'intérêt de l'enfant² (2).

1/ La sanction du comportement parental aliénant

585. Le contenu du principe « californien ». – Lorsque le juge aux affaires familiales se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il doit prendre en compte l'aptitude des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre³. Cela signifie que le maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents constitue une obligation pour chacun d'entre eux⁴. L'article 373-2, alinéa deuxième du Code civil rappelle par ailleurs 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* ». Un parent ne doit donc ni dénigrer l'autre aux yeux de l'enfant ni changer de résidence afin d'éloigner le mineur de l'autre parent⁵. Il est ainsi possible de constater une tendance des juges à sanctionner le comportement d'un parent aliénant⁶. Ce faisant, les juridictions semblent mettre en œuvre le principe « californien » ou « clause californienne ». Ce concept traduit une volonté de responsabilisation des parents afin que l'éloignement consécutif à une séparation parentale n'entraîne pas un relâchement des liens entre l'enfant et le parent non

¹ Cour EDH, *Fourchon c/ France* précité, § 25.

² GEBLER (L.), « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », *AJ fam.*, 2009, p. 150.

³ Art. 373-2-11, 3° C. civ.

⁴ En ce sens : GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.63.

⁵ En principe, « *tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant* » (art. 373-2, al. 3 C. civ.) Cette disposition organise donc une information du parent *a priori*, tandis que l'article 227-6 du Code pénal sanctionne le défaut d'information *a posteriori*. En effet, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende « *le fait, pour une personne qui transfère son domicile en un autre lieu, alors que ses enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile, dans un délai d'un mois à compter de ce changement, à ceux qui peuvent exercer à l'égard des enfants un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement ou d'une convention judiciairement homologuée* ». Il convient par ailleurs de noter que l'article 373-2-13 du Code civil peut être mis en œuvre au second degré de juridiction, ce qui permet à une cour d'appel de modifier sa décision sur la résidence de l'enfant, dès lors qu'elle n'est pas entièrement dessaisie du litige relatif aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et qu'un élément nouveau apparaît (Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-14.392). En outre, le fait de s'abstenir volontairement d'informer, en temps utile, l'autre parent de son futur déménagement constitue une fraude qui affecte la compétence territoriale du juge aux affaires familiales liée à la résidence de l'enfant (CA Versailles, 15 décembre 2010, Jurisdata n° 2010-025897).

⁶ CA Paris, 10 février 2000, RG n° 98/25682 – CA Rennes, 29 janvier 2001, RG n° 99/06856.

cohabitant¹. Le maintien des relations personnelles entre le mineur et le parent chez lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle suppose un respect absolu du droit de visite et d'hébergement. C'est une condition *sine qua non* à l'effectivité du principe de coparentalité. A cet égard, le droit de l'autorité parentale confère au juge aux affaires familiales un office étendu pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Ce magistrat peut décider de transférer la résidence habituelle² du mineur ou de recourir à un exercice unilatéral des prérogatives parentales³. La modification judiciaire de l'exercice de l'autorité parentale constitue alors une sanction du comportement du parent aliénant⁴, puisque ce dernier « *fait obstacle au maintien des relations personnelles de l'autre parent avec l'enfant* »⁵.

Le principe « californien » repose sur « *une présomption selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant de résider auprès du parent qui se conforme aux droits de l'autre* »⁶. Cette présomption simple peut toutefois être renversée si la preuve est apportée que l'intérêt de l'enfant est de demeurer auprès du parent aliénant. Quoiqu'il en soit, le principe « californien » semble démontrer la « *volonté de limiter la "toute puissance" du parent chez lequel l'enfant réside* »⁷. Le juge aux affaires familiales peut effectivement sanctionner le parent cohabitant qui a une attitude aliénante, ce qui n'interdit pas l'application de l'article 227-5 du Code pénal relatif à la non-représentation d'enfant⁸. Cette sanction consistera à confier l'enfant au parent aliéné qui n'était titulaire que d'un droit de visite et d'hébergement.

¹ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 386.

² Art. 373-2-9 C. civ.

³ Art. 373-2-1, al. 1^{er} C. civ. ; *supra*. § 430.

⁴ En ce sens : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 386.

⁵ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 387.

⁶ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 387.

⁷ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), « Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », *AJ fam.*, 2002, p. 124.

⁸ Un parent ne peut être condamné sur le fondement de l'article 227-5 du Code pénal que si l'autre parent se conforme à la décision du juge aux affaires familiales (Cass. crim., 3 octobre 2012, *Bull. crim.*, n° 212). De même, informé du danger encouru par l'enfant chez le parent qui bénéficie d'un droit de visite, l'autre ne peut invoquer l'état de nécessité pour justifier sa décision de ne pas remettre les enfants au premier. Il lui appartient de saisir le juge aux affaires familiales afin de faire modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale (Cass. crim., 3 octobre 2012, n° 11-87.051 ; voir également : Cass. crim., 2 septembre 2004, n° 04-81.037 ; *contra*. : CA Colmar, 18 juin 2014, RG n° 14/00493). Le mobile du refus délibéré de remettre l'enfant à celui qui est en droit de le demander n'est pas pris en compte (Cass. crim., 3 septembre 1996, *Bull. crim.*, n° 311). A cet égard, la décision de justice qui fixe rétroactivement la résidence du mineur est sans incidence sur la commission du délit de non-représentation d'enfant, lequel est constitué dès lors que la décision de justice exécutoire n'a pas été respectée au moment de la représentation (Cass. crim., 14 mars 2012, *Bull. crim.*, n° 74). Il convient enfin de noter que la résistance du mineur ou son aversion à l'égard du parent ne peut constituer un fait justificatif (Cass. crim., 13 avril 1988, *D.*, 1989, jurispr., p. 461, note RENUCCI (J.-F.) – Cass. crim., 27 octobre 1993, n° 93-81.362 – CA Angers, 6 septembre 2011, Jurisdata n° 2011-033382). Cette solution est justifiée par la crainte d'une manipulation ou d'une instrumentalisation de l'enfant par le parent hébergeant, afin d'invoquer ensuite la résistance du mineur et faire obstacle au maintien des liens entre l'enfant et l'autre parent. La Cour de cassation a cependant admis qu'un parent pouvait faire obstacle à l'exercice du droit de visite par l'autre, dès lors que c'est ce dernier qui a comportement aliénant (Cass. crim., 9 février 2000, n° 98-86.579), ce que n'a pas démenti la Cour européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH, *Fourchon c/ France* précité, § 27-29).

586. L'application jurisprudentielle du principe « californien ». – La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le bien-fondé de décisions de juges du fond appliquant le principe californien¹. Dans un arrêt du 4 juillet 2006, la Haute juridiction a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait fixé la résidence de l'enfant chez la mère sans avoir recherché si son comportement ne traduisait pas son refus de respecter le droit des enfants à entretenir des relations régulières avec leur père². Dans cette espèce, la mère avait secrètement et unilatéralement décidé de s'installer en Nouvelle-Calédonie. Il est vrai qu'un déménagement peut « avoir pour conséquence de bouleverser – voire de rompre – les relations entre l'enfant et l'autre parent, si l'éloignement géographique est important »³. C'est la raison pour laquelle il est « indispensable que le juge soit saisi, en cas de désaccord, préalablement au changement de résidence, s'il est de nature à modifier les modalités d'accueil de l'enfant par l'autre parent »⁴. La volonté législative de faire du changement de résidence de l'enfant un acte important de l'autorité parentale participerait à la résolution consensuelle du conflit parental⁵. Un dialogue serait engagé entre les père et mère, ce qui préviendrait potentiellement tout comportement aliénant du parent hébergeant le mineur. L'objectif recherché par le législateur « est que tout déménagement, s'il modifie les modalités d'accueil de l'autre parent, ait au moins été discuté entre les parents et que ses conséquences au regard de l'intérêt de l'enfant aient été pleinement mesurées »⁶. Ainsi, ce dernier ne serait pas confronté à un conflit de loyauté entre ses père et mère. Le juge aux affaires familiales interviendrait donc avant le déménagement. Cela éviterait tout conflit futur entre les parents, étant donné que le litige les opposant a été préalablement solutionné par le magistrat. Il n'y aurait plus lieu à mettre en œuvre le principe « californien », c'est-à-dire une résolution contrainte du conflit parental. Dans un autre arrêt du 27 mars 2008, la Cour de cassation a également approuvé une cour d'appel d'avoir estimé qu'il est de l'intérêt de l'enfant de fixer sa résidence chez son père, qui apparaît comme le plus apte à respecter les droits de l'autre parent⁷. Enfin, le 26 juin 2013, elle a confirmé l'arrêt d'une juridiction d'appel qui avait ordonné le transfert de la résidence de l'enfant chez son père en raison du SAP qui s'était installé dans la vie du mineur⁸.

¹ Par exemple : Cass. civ. 1^{ère}., 17 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 10 – Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 103.

² Cass. civ. 1^{ère}., 4 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 339.

³ CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 63.

⁴ CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 63.

⁵ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 4.

⁶ CHAPDELAIN (M.-A.), *Rapport n° 1925* précité, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 63.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}., 27 mars 2008, n° 07-14.301.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-14.392.

Dans le même sens, la cour d'appel de Bordeaux a rappelé à la mère « *que la résidence habituelle fixée chez elle n'est pas un avantage qui lui est concédé mais une mesure prise dans le seul intérêt de l'enfant, intérêt qui s'apprécie notamment par la référence à la capacité qu'elle a de maintenir des bonnes relations entre le père et l'enfant, si bien que le refus persistant et non motivé de respecter le droit de visite judiciairement fixé est de nature à entraîner le changement du lieu de résidence* »¹ de l'enfant. La cour d'appel de Lyon a aussi eu l'occasion de procéder au transfert de la résidence des enfants, mais elle a aussi privé le père de l'exercice de son autorité parentale et maintenu à son profit l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement². La juridiction du fond a relevé que le père ne s'est jamais conformé aux décisions qui réservaient un droit de visite et d'hébergement au profit de la mère. Son incapacité à respecter la place et le rôle de la mère a nui gravement à la construction de la personnalité de ses filles, qu'il a exclues de la vie de la femme. C'est la raison pour laquelle le transfert de la résidence habituelle des mineurs a été ordonné et un exercice unilatéral de l'autorité parentale prononcé. En effet, maintenir un exercice conjoint aurait conduit à la perpétuation et à l'exacerbation du conflit familial. Une décision rendue par un juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Bordeaux constitue également une manifestation du refus du fait accompli³. Elle démontre une volonté de ne pas laisser l'un des parents détruire les relations existantes entre l'enfant et l'autre. Dans cette espèce, le magistrat a imposé le maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents, nonobstant une opposition systématique et persistante de la mère à l'exercice du droit de visite par le père depuis la séparation conjugale. Face à l'obstination de la mère et malgré plusieurs décisions l'enjoignant à respecter les droits du père, le juge aux affaires a décidé de transférer la résidence habituelle de l'enfant chez le père. Le magistrat a écarté les faits de violences commises par l'homme à l'encontre de la femme au moment de la séparation, jugeant qu'elles n'avaient jamais été réalisées contre l'enfant et qu'elles ne devaient pas priver ce dernier de tout contact avec son père. La mise en œuvre du principe « californien » consiste donc pour le juge à refuser d'entériner une situation provoquée par un parent en violation des droits de l'autre.

Ces décisions sont à la fois fondées sur le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents et sur la violation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, comme cela a été précédemment démontré⁴. La prise en compte de la faute des parents dans leurs relations a une incidence sur les droits que l'un des père et mère détient sur l'enfant. En d'autres termes, le

¹ CA Bordeaux, 3 octobre 2006, RG n° 05/05996. Même sens : CA Bordeaux, 2 septembre 2008, RG n° 08/01199 – CA Saint-Denis-de-La-Réunion, 2 décembre 2008, RG n° 07/01911.

² CA Lyon, 2 avril 2009, RG n° 07/00552.

³ TGI Bordeaux, JAF, 15 septembre 2009, RG n° 09/01408.

⁴ *Supra*. § 236 et 238.

comportement de l'un des parents a des conséquences sur l'effectivité du lien parental, dès lors qu'une violation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale peut être constatée. Certains magistrats prennent même en compte l'attitude des parents durant la procédure relative à l'autorité parentale¹. Par exemple, la cour d'appel de Montpellier a considéré que « *l'utilisation pendant l'instance en appel d'un détective privé pour surveiller de façon méticuleuse les allées et venues d'un parent afin de solliciter une diminution du temps passé par celui-ci avec l'enfant, constitue une immixtion dans sa vie privée et une détermination à exercer une extrême surveillance assez éloignées du respect que chacun des père et mère doit observer à l'égard des liens de l'enfant avec l'autre parent au sens de l'article 373-2 du Code civil* »². En cela, le renouvellement de la notion d'enfant victime de sa famille, par la contribution de critères modernes, implique de prendre en considération les paramètres qui ont permis d'établir la conception classique de la notion de mineur victime de sa famille. Cela démontre la réelle dépendance entre l'usage qui est classiquement fait de la notion d'enfant victime de sa famille et le changement d'orientation qui peut être apporté à ce concept. Les catégories classiques et modernes d'enfants victimes de leurs familles ne peuvent donc pas être détachées et cloisonnées l'une de l'autre. Il existe une véritable interdépendance entre celles-ci, ce qui permet de penser qu'il existe une conception unitaire de la notion d'enfant victime de sa famille.

2/ La relativité du principe « californien » face à l'intérêt supérieur de l'enfant

587. La conciliation du principe « californien » avec l'intérêt de l'enfant. – La force du principe « californien » comme sanction du comportement parental aliénant trouve sa limite dans l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, il peut être de l'intérêt du mineur de conserver des liens avec ses deux parents, mais aussi de conserver une certaine stabilité³. Le juge aux affaires familiales doit spécialement veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs⁴. C'est donc l'intérêt de l'enfant qui dicte l'office de ce magistrat lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Cet intérêt pourrait conduire à ne pas sanctionner le parent sur le terrain de l'autorité parentale. Le juge aux affaires familiales se conformerait « *à l'intérêt de l'enfant qui est satisfait par la capacité des parents (par exemple l'aptitude pour chacun à assumer ses devoirs et à respecter la place de l'autre), mais aussi à l'intérêt de l'enfant qui découle de la prise en compte d'éléments de sa vie personnelle (telle que l'insertion dans le*

¹ GOUTTENOIRE (A.), précité, in MURAT (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, § 234.63.

² CA Montpellier, 24 juin 2008, RG n° 07/06728.

³ En ce sens : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 391.

⁴ Art. 373-2-6, al. 1^{er} C. civ.

milieu initial, la scolarisation) »¹. L'intérêt de l'enfant fait l'objet d'une appréciation d'ensemble par le juge du fond². Ce dernier prendrait en considération l'attitude des parents ainsi que la vie actuelle et à venir du mineur³. En cela, l'intérêt supérieur de l'enfant « *est un standard juridique permettant la prise en considération de la personne de l'enfant comme sujet de droit dans ses relations avec autrui, dans la protection de sa santé ou de son développement. Il sert de guide dans toute mesure relative à l'enfant, notamment en cas de conflit d'intérêts* »⁴.

Cette analyse de l'intérêt de l'enfant ressort notamment d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 2004⁵. Dans cette espèce, les juges du fond ont considéré que « *la détermination de l'intérêt exclusif de l'enfant ne s'effectue pas au regard d'incidents qui ont émaillé les relations de ses parents avant sa naissance ou dans les mois qui ont suivi, mais bien en tenant compte du droit et du besoin de tout enfant à bénéficier du soutien et de l'encadrement de ses parents, que les responsabilités des parents leur imposent de se respecter mutuellement et d'accomplir chacun les efforts nécessaires pour traduire leurs devoirs de façon positive dans la vie de leur enfant, notamment en respectant la place de l'autre parent, et en établissant entre eux une communication régulière et confiante* ». Ils ont précisé que les parents disposent d'égales qualités éducatives et reconnaissent leur attachement mutuel à l'enfant, à peine âgé d'une année lorsqu'ils se sont séparés. Ils ajoutent enfin que les conditions matérielles d'accueil de l'enfant chez chacun des parents ne sont pas critiquées. La juridiction d'appel a donc confirmé le transfert de la résidence de l'enfant chez le père. La mère qui s'est mariée et vient d'avoir un enfant, ne peut valablement soutenir que cette recomposition familiale constitue un élément nouveau qui lui permet d'invoquer le principe d'union de la fratrie. Au contraire, ce fait doit conduire chacun des adultes concernés, mère, père et beau-père, à avoir clairement conscience de son rôle et de sa place à l'égard du mineur. Dans une autre espèce, la cour d'appel de Nîmes a également décidé de transférer la résidence de l'enfant du parent aliénant au parent aliéné, malgré les difficultés et le bouleversement qui résulteront du transfert, en particulier pour l'enfant, car laisser le mineur résider habituellement chez sa mère représentait un danger plus grave⁶. L'intérêt supérieur du mineur a conduit au transfert de la résidence de l'enfant chez son père, mais dans d'autres situations, il peut entraîner le maintien de la situation de fait créée par la volonté unilatérale du parent aliénant. Le juge concrétise alors judiciairement le fait accompli.

¹ MURAT (P.), « La Cour de cassation et les motivations des juges du fond en cas de changement de résidence d'un des parents : vers un durcissement du contrôle ? », Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 06-17.869, F-P+B, Christophe A. c/ Mireille C. : JurisData n° 2007-037902 », *Dr. famille*, 2007, comm. n° 125.

² En ce sens : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 393.

³ FORTIER (V.), « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991/3, p. 756.

⁴ EDEL (V.), précité, *RRJ*, 2009-2, p. 579.

⁵ CA Paris, 22 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-233669.

⁶ CA Nîmes, 10 juin 2009, RG n° 08/00425.

588. Le principe « californien » écarté. – L'intérêt de l'enfant peut conduire le juge à maintenir le mineur dans sa situation actuelle. Cet intérêt doit effectivement l'emporter sur toute autre considération lorsqu'il s'agit de prendre une décision relative à l'avenir de l'enfant. C'est à cette condition que sa sécurité, son développement et la satisfaction de ses besoins fondamentaux seront protégés. Selon l'article 3, § 1 de la CIDE, l'intérêt de l'enfant une considération capitale dans toutes les décisions concernant un mineur, raison pour laquelle la Cour européenne des Droits de l'Homme a fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une exigence primordiale¹. Cette affirmation, reprise par la Cour de cassation², permet notamment d'écartier les prérogatives parentales si celles-ci n'ont pas été exercées dans l'intérêt du mineur. Ce critère est dès lors « *hissé au rang des motifs légitimes de limitation de l'exercice des droits et libertés fondamentaux des parents* »³. Fondamentalement, « *l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas à celui de ses parents mais quand cela est nécessaire pour protéger l'enfant, il lui est supérieur* »⁴. Monsieur Jean HAUSER juge toutefois que son emploi systématique est « *absurde, unilatéral et brumeux* »⁵. Il se demande même si l'intérêt de l'enfant permet de trancher des conflits entre des intérêts contradictoires⁶. L'intérêt de l'enfant peut néanmoins contraindre le juge à consacrer judiciairement l'existence du fait accompli⁷.

Si le devoir positif du parent hébergeant l'enfant implique qu'il fasse en sorte que les liens existants entre le mineur et l'autre parent soient préservés ou qu'il ne fasse rien qui puissent les fragiliser, il est permis de s'interroger sur la pertinence d'une éventuelle sanction. En effet, il est possible de douter « *de la réalité d'une telle "répression" : l'intérêt de l'enfant devant seul guider la décision judiciaire, de telles décisions ne peuvent qu'être imperméables au souci de sanctionner tel ou tel parent* »⁸. La modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale doit être motivée par l'intérêt de l'enfant, ce qui signifie que « *la sanction d'un irrespect de la fonction parentale ne peut être la seule justification d'une décision judiciaire qui doit être prise*

¹ Cour EDH, *Johansen c/Norvège* précité, § 78 – Cour EDH, 28 octobre 1998, *Söderbäck c/Suède*, req. n° 24484/94, § 30.

² Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 156, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *RTD civ.*, 2005, p. 583 et 585, obs. HAUSER (J.) – Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 103 – Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-12.655.

³ COURTIN (C.), précité, *D.*, 2001, p. 422.

⁴ NAVES (P.) et al., *op. cit.*, Paris : Dunod, 2007, p. 53.

⁵ HAUSER (J.), « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen (TGI Lyon, 1^{ère} ch. B, 5 juill. 2007, D. 2007. 3052 note A. Gouttenoire – Paris, 1^{ère} ch. C, 25 oct. 2007, D. 2007. 2953 et chron M. Bandrac, G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag ; *Dr. fam. focus* 87, M. Lamarche) », *RTD civ.*, 2008, p. 93.

⁶ HAUSER (J.), précité, *RTD civ.*, 2008, p. 93. Egalement : HAUSER (J.), « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse », *RLDC*, 2011/87, n° 4444.

⁷ Sur ce point : RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 391-392.

⁸ TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011, § 945.

dans l'intérêt de l'enfant »¹. Des juges du fond ont ainsi entériné le comportement du parent résidant alors qu'il avait violé l'exercice conjoint de l'autorité parentale et les droits de l'autre parent. Par exemple, la cour d'appel de Paris a fixé la résidence habituelle des enfants auprès de la mère, qui avait déménagé en Bretagne, nonobstant la mise en place d'une résidence alternée². Les juges du fond ont estimé que « *la fixation de la résidence principale des enfants doit être appréciée, non comme une sanction du parent fautif, mais au seul regard de l'intérêt supérieur des enfants* » qui ont toujours vécu auprès de la mère, aussi critiquable sa décision soit-elle. Ils ajoutent qu'il est « *dommage que les relations père/fils subissent les conséquences négatives de cet éloignement, qui devront être compensées par l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement le plus large possible* ». L'intérêt des enfants n'était donc pas d'être séparé de leur mère, mais celle-ci devra assumer seule les frais de voyage des enfants³. Cette espèce montre que le juge peut être confronté à des impératifs contradictoires qu'il doit concilier et qui justifient, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, la violation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

589. La responsabilité civile délictuelle du parent aliénant. – La satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant peut primer la nécessité de punir le parent fautif⁴. Dans ce cas, la seule manière de sanctionner le parent aliénant est de rechercher sa responsabilité civile délictuelle. La sanction prendra la forme d'une indemnisation du parent victime⁵. Ainsi, un père a pu obtenir la réparation de son préjudice moral en raison de la plainte de suspicion d'attouchements sexuels sur l'enfant, déposée par la mère en vue d'obtenir l'exercice exclusif de l'autorité parentale⁶. Dans cette espèce, les juges du fond ont souligné que « *la mère a tenté de briser les relations de l'enfant et de son père en reprenant ses allégations et ses suspicions devant la cour d'appel* », ce qui a valu au père d'être placé en garde à vue durant plus de vingt-quatre heures. Cette décision s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel tendant à sanctionner la faute du parent n'ayant pas recherché le consentement de l'autre pour l'accomplissement d'un acte non usuel de l'autorité parentale, ce qui porte atteinte à ses droits parentaux⁷. Cette solution tend à promouvoir le principe de coparentalité, tout en garantissant l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à

¹ MURAT (P.), précité, in JACQUES (P.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.

² CA Paris, 22 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-232821.

³ Voir également : CA Paris, 2 février 2005, Jurisdata n° 2005-263350. Dans un sens proche : CA Toulouse, 27 juin 2000, Jurisdata n° 2000-117980.

⁴ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 391.

⁵ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 391.

⁶ CA Versailles, 12 février 2004, Jurisdata n° 2004-239042.

⁷ Voir notamment : CA Paris, 29 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 1585, note DUVERT (C.) – CA Nîmes, 26 juin 2012, RG n° 10/02716.

maintenir des relations avec ses deux parents¹. Le comportement du parent aliénant est sanctionné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, car il n'a pas respecté les droits de l'autre et non pas parce qu'il a fait un mauvais usage de ses prérogatives à l'égard du mineur. Par conséquent, le fait qu'un parent ait dénigré l'autre n'est pas pris en compte dans la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale, quand bien même l'enfant serait victime d'un SAP.

Pourtant, le père ou la mère n'accomplit pas ses obligations élémentaires vis-à-vis de l'enfant en ne permettant pas le maintien des liens entre ce dernier et l'autre parent. Il contrevient aux devoirs qui lui incombent en n'agissant pas dans l'intérêt du mineur, dans la mesure où il viole l'exercice en commun de l'autorité parentale. Cette violation de l'exercice conjoint fait craindre de futures difficultés quant à la préservation des liens entre l'enfant et le père ou la mère, qui n'a pas la résidence de l'enfant. La mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle du parent aliénant ne permet pas de remédier à cette situation. L'avenir du mineur paraît compromis, puisque l'écoulement du temps pourrait aboutir à une rupture de l'un des liens parentaux, ce qui contreviendrait à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme². Cette situation, antérieurement décrite dans le cadre de la conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille³, révèle une perméabilité entre l'usage qui est classiquement fait de la notion d'enfant victime de sa famille et son renouvellement par l'apport de critères modernes. Cette absence de frontières entre la conception classique et la conception moderne de la notion de mineur victime de sa famille démontrerait l'existence d'un concept unique : l'enfant victime de sa famille.

590. Le recours à l'astreinte et à l'amende civile. – Afin de sanctionner le parent qui viole l'exercice conjoint de l'autorité parentale, le législateur a envisagé la création d'une amende civile⁴. Elle interviendrait en dehors de tout abus procédural pour sanctionner le parent qui ne respecte pas ses obligations⁵. Elle serait mise en œuvre « *lorsqu'un parent fait délibérément obstacle de façon grave ou renouvelée aux règles de l'exercice conjoint de l'autorité parentale* » ou « *ne respecte pas une décision ou une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale* »⁶. Pour le législateur, cette amende civile, d'un montant maximal de

¹ RUFFIEUX (G.), *op. cit.*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014, § 394.

² Cour EDH, *W. c/ Royaume-Uni* précité, § 65 – Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne* précité, § 45.

³ *Supra*. § 236 et 238.

⁴ Elle se définit comme « *l'amende édictée par loi civile et prononcée par une juridiction civile qui sanctionne en général, soit le fait de se soustraire à une charge publique, soit l'usage contestable d'une voie de droit* » (CORNU (G.), [ss. dir.], *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011, V^o amende civile).

⁵ DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA COHÉSION SOCIALE, *Rapport* précité, *Doc. fr.*, 2014, p. 24

⁶ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, art. 5.

10000 euros, pourrait être mise en œuvre dès lors qu'un parent s'abstient délibérément, de manière grave ou renouvelée, de recueillir l'accord de l'autre parent pour l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes non usuels de l'autorité parentale. Il cite en exemple le changement de résidence ou d'établissement scolaire en dépit de l'opposition de l'autre parent et en l'absence de saisine préalable du juge aux affaires familiales. Elle pourrait également être prononcée si l'un des parents accomplissait, de manière renouvelée, plusieurs actes usuels alors que l'autre parent a expressément exprimé son désaccord¹. Une amende civile pourrait donc être prononcée à l'encontre du parent aliénant toutes les fois où il n'est pas possible de mettre en œuvre le principe « californien ». En réalité, c'est principalement la deuxième hypothèse de mise en œuvre de l'amende civile qui correspond à la nécessité de protéger l'enfant objet d'aliénation. En effet, est donné comme exemple de violation d'une décision ou d'une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le refus d'un parent de remettre l'enfant à l'autre, nonobstant la décision du magistrat relative à la résidence de l'enfant, ou les obstacles que ce parent crée à l'exercice du droit de visite par l'autre². Il est par ailleurs envisagé de renforcer l'office du juge aux affaires familiales lorsqu'il prend des mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Le législateur entend confirmer le pouvoir d'astreinte de ce magistrat³, notamment en cas de non-respect des conditions d'exercice du droit de visite et d'hébergement⁴. Par ce biais, le juge aux affaires familiales pourrait probablement limiter le comportement aliénant du parent qui s'oppose au maintien des relations entre l'enfant et l'autre de ses père et mère. Il n'est au demeurant pas certain que cette possibilité garantisse l'exécution de la décision de justice.

B/ La sanction des violences conjugales

591. Les violences conjugales : un fléau contemporain du droit de la famille. – Les violences conjugales apparaissent comme « *une question de dynamique de couple qui dysfonctionne et est réciproque* » ou « *une question de domination masculine et de patriarcat* »⁵, comme le démontre Monsieur Edouard DURAND⁶. Ces violences affectent directement l'enfant qui n'évolue plus au sein d'une cellule familiale sécurisante et stable. Ce dysfonctionnement de la

¹ CHAPDELAINE (M.-A.), *Rapport n° 1925 précité, Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 73.

² CHAPDELAINE (M.-A.), *Rapport n° 1925 précité, Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 73.

³ *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, *Doc. AN, XIV^{ème} législature*, art. 5.

⁴ Par exemple : TGI Laval, JAF, 25 janvier 2008, RG n° 07/01212.

⁵ HERZOG-EVANS (M.), « Violence dite "domestique" : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement », *AJ pén.*, 2014, p. 217.

⁶ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 17.

structure de la famille permet de démontrer que l'enfant est victime de sa famille en raison du comportement de l'un de ses parents. C'est la raison pour laquelle il doit « *bénéficier d'une protection juridique spécifique et durable* » par un traitement immédiat de sa souffrance¹. La loi du 9 juillet 2010² démontre une « *autonomisation progressive de la question de l'enfant dans les violences conjugales* »³. Elle participe à l'idée qu'il existerait une conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. Elle traduit le fait que les critères classiques sont insuffisants pour déterminer une conception unitaire de la notion d'enfant victime de sa famille, quand bien même la protection de l'enfant confronté à des violences conjugales peut être assurée en dehors du cadre de l'ordonnance de protection. En effet, le juge des enfants est en mesure de prendre toutes mesures d'assistance éducative utiles à la protection du mineur⁴. Cette prise en compte spécifique des violences conjugales par le législateur fait du parent violent un mauvais parent (1) et lie la protection du mineur à celle du parent victime (2).

1/ Le parent violent : un mauvais parent

592. Le principe de coparentalité remis en cause. – Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales doit notamment prendre en considération les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre⁵. L'examen de l'aptitude « *de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre* »⁶ peut ainsi être réalisé à « *la lumière des violences conjugales exercées sur [le parent] et qui sont un manquement aux devoirs d'un parent compte tenu de l'ampleur des traumatismes infligés à l'enfant et la manifestation évidente du non-respect des devoirs élémentaires* »⁷. Ce faisant, la modification de l'article 373-2-11 du Code civil témoigne de la volonté manifeste du législateur « *d'appréhender les violences d'un membre d'un couple comme un problème touchant la famille toute entière et pas seulement les membres du couple* »⁸. Il existe donc un lien intime entre la conjugalité et la parentalité, car la commission de violences conjugales peut avoir un impact sur l'exercice de l'autorité parentale. Cela est d'autant plus vrai qu'une juridiction pénale peut expressément retirer l'autorité parentale à l'un

¹ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

² L. n° 2010-769 précitée.

³ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁴ CA Montpellier, 18 avril 2006, Jurisdata n° 2006-315406 – CA Rouen, 5 avril 2011, Jurisdata n° 2011-007979.

⁵ Art 373-2-11, 6° C. civ.

⁶ Art 373-2-11, 3° C. civ.

⁷ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 47. Voir également : GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 518.

⁸ GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 518.

des père et mère lorsqu'il a commis, comme auteur, coauteur ou complice, un crime sur la personne de l'autre parent¹. Dans ce cas, il est patent que si un crime est commis contre l'autre parent, la commission d'une infraction contre l'enfant est envisageable à l'avenir². Cette « *innovation est ici de taille* », étant donné « *que la relation entre les conjoints ou partenaires rejaillit sur le lien parental en le faisant disparaître* »³. Le parent violent serait en définitive un mauvais parent, ce qui n'était pas nécessairement le cas auparavant⁴. Une proposition de loi, déposée le 7 février 2012, envisageait également de modifier la lettre de l'article 378-1 du Code civil afin qu'un retrait de l'autorité parentale puisse être prononcé à l'encontre d'un parent auteur de « *menaces ou [d']actes de violences psychologiques et physiques intrafamiliales* »⁵. Les violences conjugales autoriseraient donc la remise en cause du caractère sacré du lien parent-enfant. Le couple parental ne survit pas au couple conjugal⁶. Dans le même sens, la loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes a étroitement associé conjugalité et parentalité. Les juridictions pénales de jugement doivent systématiquement se prononcer sur une mesure de retrait de l'autorité parentale dès lors que le père ou la mère est condamné pour un crime ou un délit, prévu aux articles 221-1 à 221-5-4, 222-1 à 222-18-3, 222-22 à 222-33-1, et 222-33-2 à 222-33-2-1 du Code pénal, et commis sur la personne de l'enfant ou de l'autre parent⁷. Deux articles 221-5-5 et 222-48-2 du Code pénal ont ainsi été créés.

Cette volonté législative de lier parentalité et conjugalité est susceptible de provoquer la fin du dogme de la coparentalité⁸. L'autorité parentale est érigée en sanction implicite des violences conjugales⁹. En réalité, il est « *permis de penser que les juges aux affaires familiales n'ont pas attendu la recommandation formelle du législateur pour tenir, dans leur décision relative à l'autorité parentale, du caractère violent d'un des parents, même si cette violence ne s'était pas manifestée directement l'égard des enfants* »¹⁰.

¹ Art. 378 C. civ.

² *Supra*. § 109.

³ POMART-NOMDEDEO (C.), précité, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), précité, *RLDC*, 2010/75, n° 397 ; POMART-NOMDEDEO (C.), précité, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

⁵ *Proposition de loi n° 4320 visant à remplacer l'autorité parentale par la responsabilité parentale et à en préciser l'exercice*, Doc. AN, XIII^{ème} législature, art. 3.

⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), précité, *RLDC*, 2010/75, n° 397 ; POMART-NOMDEDEO (C.), précité, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

⁷ L. n° 2014-873 précitée, art. 34.

⁸ MULON (E.), CASEY (J.), « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. pal.*, 11 novembre 2010, n° 315, p. 6.

⁹ POMART-NOMDEDEO (C.), précité, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

¹⁰ GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 518.

593. La prise en compte des violences conjugales lors de la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale. – L'enfant n'a pas besoin de subir directement des violences pour être considéré comme une victime de sa famille, ce d'autant plus qu'il peut être instrumentalisé par le parent violent. Son équilibre psychologique est nécessairement perturbé¹. Le fait pour l'enfant d'être témoin des violences conjugales est suffisant pour démontrer une carence éducative de la part du parent auteur. La vulnérabilité inhérente à la condition juridique du mineur implique de lui accorder la protection à laquelle il a droit. En effet, il est aujourd'hui admis que les violences conjugales constituent un danger pour les enfants², même si le rattachement des mineurs à cette catégorie classique d'enfant victime de sa famille n'est pas adéquat au regard des spécificités des violences domestiques³.

La cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 21 mars 2011, a réformé la décision d'un juge aux affaires familiales⁴ en considérant que le climat de terreur dans la famille, entretenu par le seul comportement du père et nullement imputable à la mère, ne permet pas un exercice conjoint de l'autorité parentale. Pour justifier leur décision, les magistrats ont relevé les actes de violences et de harcèlement commis par l'homme sur la femme et le refus de cette dernière de déposer plainte par crainte de représailles. Ils ont également pris en compte un passé de violences physiques et psychiques assez extrêmes relaté par les enfants, ainsi que les violences verbales, les insultes et les menaces induisant chez ces derniers une peur permanente, voire même de la haine de la part de l'aîné. Ces éléments ont aussi justifié une suppression du droit de visite et d'hébergement du père, qui n'avait jamais pris contact avec le lieu neutre désigné à cet effet. A l'inverse, la cour d'appel de Douai a jugé que la violence du père à l'égard de sa femme ne saurait justifier un exercice exclusif de l'autorité parentale, dès lors qu'elle ne s'est jamais exercée sur l'enfant et que le père n'a, en outre, ni manqué à son obligation de versement de la pension alimentaire pour sa fille, ni à l'exercice de son droit de visite⁵. Ce faisant, la juridiction douaisienne a distingué le couple conjugal du couple parental pour déterminer sa solution quant à l'exercice de l'autorité parentale. Elle a contredit l'idée que l'exercice de l'autorité parentale est érigé implicitement en sanction des violences conjugales⁶. Le parent violent ne serait donc pas nécessairement un mauvais parent, ce qui permet de ne pas remettre en cause les relations parent-

¹ CONSEIL DE L' EUROPE, comité des ministres, *Rapport explicatif* précité, 2011, § 27.

² DEFENSEUR DES ENFANTS, *Rapport thématique* précité, *Doc. fr.*, 2008, p. 64.

³ *Supra.* § 433.

⁴ CA Lyon, 21 mars 2011, RG n° 10/01026.

⁵ CA Douai, 24 mars 2011, RG n° 10/05424.

⁶ POMART-NOMDEDEO (C.), précité, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

enfant et l'existence du couple parental¹. Il n'en demeure pas moins que les magistrats du second degré ont accordé au père, tant qu'il ne disposera pas d'un logement propre, un droit de visite sur l'enfant s'exerçant en lieu neutre afin d'éviter la multiplication des conflits parentaux devant l'enfant. En effet, la cour d'appel a constaté que l'exercice du droit de visite du père chez la mère est déstructurant pour l'enfant, les contacts entre les parents étant l'occasion de violences. La persistance du climat de violence entre les époux a donc un retentissement sur le développement de l'enfant : absence de propreté, bégaiements, instabilité émotionnelle. Par conséquent, les violences conjugales ont bien une incidence sur l'exercice de l'autorité parentale et le droit de visite et d'hébergement du parent violent, qui peut se voir confisquer ses droits. Il existe un lien étroit entre les enjeux relatifs à la conjugalité et la parentalité². Le juge ne peut limiter « *les violences conjugales à la seule appréciation des rapports entre l'homme et la femme dans leur couple, mais doit en tirer des conséquences sur la parentalité et l'auteur des violences* »³.

2/ La protection de l'enfant par l'éloignement du parent violent

594. L'atteinte au groupe familial. – L'enfant et ses parents constituent un groupe familial « *au sein duquel il est impossible de dissocier les droits de chacun, car ils sont étroitement imbriqués. Toute modification de la fonction parentale a un retentissement sur la situation de l'enfant* »⁴. Les violences conjugales ont vocation à fissurer ce modèle familial et à impacter la stabilité du mineur. Le parent victime cherche alors, avec ses enfants, à se mettre à l'abri de la violence générée par le parent auteur⁵. Cette protection du parent et des enfants victimes doit être immédiate et totale⁶. Elle est réalisée au moyen de mesures contraignantes qui pourront être imposées au parent auteur présumé des faits. Ces dernières, « *dont l'effectivité doit être nuancée, permettent d'éloigner rapidement le parent violent en raison du danger qu'il représente* »⁷. Cette mesure de responsabilisation de l'auteur apporte une sécurité à la victime et ses enfants qui ne sont pas contraints de demeurer au domicile familial avec l'auteur des faits ou

¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), précité, *RLDC*, 2010/75, n° 397 ; POMART-NOMDEDEO (C.), précité, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

² DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 47.

³ DURAND (E.), *op. cit.*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 47.

⁴ NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 7.

⁵ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁶ GEOFFROY (G.), BOUSQUET (D.), *Rapport d'information n° 4169 sur la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, Doc. AN, XIV^{ème} législature, p. 43.

⁷ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

de le quitter en urgence¹. Dans un contexte de violences conjugales, l'ordonnance de protection, régie par les articles 515-9 du Code civil, doit ainsi être privilégiée. Elle constitue une « véritable mesure de sûreté, détachée de toute culpabilité mais attachée à un état dangereux, dénuée de vocation punitive »² (a). Cette qualification de mesure de sûreté peut également être appliquée aux mesures d'éloignement prises dans le contexte d'une procédure pénale, car elles peuvent être prises à tous les stades de la procédure et même en dehors de toutes poursuites³ (b).

a/ L'éloignement de l'enfant dans le cadre de la procédure civile

595. Une procédure subordonnée à l'action du parent victime. – L'ordonnance de protection est une mesure civile qui relève de la compétence du juge aux affaires familiales. Ce dernier peut être saisi par la personne en danger, ou par le procureur de la République, avec l'accord de la victime⁴. La protection de l'enfant dépend donc de l'action du parent, victime des violences conjugales, et de l'orientation qu'il choisit. Elle est en outre subordonnée à la preuve préalable de la réalité d'un danger par le parent victime. En effet, l'ordonnance de protection ne peut être délivrée que s'il « existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime est exposée »⁵. La protection de l'enfant est dès lors relative. Elle est soumise à la condition potestative de l'action de l'un de ses père et mère. Il n'en demeure pas moins qu'« en faisant reconnaître par le droit le danger auquel est quotidiennement confronté l'enfant, et en obtenant de la part du juge l'éloignement du parent violent, le parent victime agit dans l'intérêt de son enfant »⁶. La loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes a modifié l'alinéa premier de l'article 515-11 du Code civil, afin que le danger auquel sont exposés les enfants, victimes des violences conjugales, soit explicitement pris en compte pour justifier une mesure d'éloignement⁷. En effet, jusqu'à cette modification législative, « la protection de l'enfant n'[était] possible qu'à partir du moment où le parent victime [était], en raison des violences qu'il subit, appréhendé par le droit comme une personne en danger »⁸. En admettant expressément que l'enfant confronté à des violences

¹ KLES (V.), *Rapport n° 807 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, Doc. Sénat, 2012-2013, p. 60.

² ALIX (J.), précité, *AJ pén.*, 2014, p. 208.

³ ALIX (J.), précité, *AJ pén.*, 2014, p. 208.

⁴ Art. 515-10, al 1^{er} C. civ.

⁵ Art. 515-11, al. 1^{er} C. civ. ; sur la question de la preuve du danger consécutif aux violences : *supra*. § 108.

⁶ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁷ L. n° 2014-873 précitée, art. 32, I, 1^o, b.

⁸ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

conjugales est une personne en danger, le législateur tend à renforcer l'office du juge aux affaires familiales lorsqu'il prononce une mesure d'éviction du conjoint violent même si en réalité, il disposait déjà implicitement de cette compétence en application de l'article 515-9 du Code civil. Quoiqu'il en soit, le danger encouru par l'enfant confronté à des violences conjugales est suffisant pour justifier la délivrance de l'ordonnance de protection.

Cette mesure présente un caractère exceptionnel et limité dans le temps, car c'est une procédure urgente. Elle ne peut être prise que pour une durée maximale de six mois selon l'article 515-12 du Code civil modifié par la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes¹. Jusqu'à la loi du 4 août 2014², la prolongation des mesures de protection n'était uniquement possible que si une demande en divorce ou en séparation de corps avait été formée avant l'expiration de la validité de l'ordonnance³. La prolongation de l'ordonnance était exclue pour les concubins⁴ et *a fortiori* pour les partenaires liés par un PACS, nonobstant la volonté législative de créer un droit commun du couple⁵. Ces différences étaient regrettables dans la mesure où elles créaient une différence entre les enfants issus de cellules familiales différentes, bien que rien n'interdisait au juge aux affaires familiales de renouveler l'ordonnance de protection en l'assortissant de conditions plus sévères s'il constatait une persistance ou une réitération des violences⁶. Afin de remédier à ces difficultés, l'article 515-12 du Code civil a été modifié et complété⁷. Désormais, l'ordonnance de protection peut être prolongée au-delà de ce délai de six mois si durant celui-ci, une requête en divorce ou en séparation de corps a été déposée ou si le juge aux affaires familiales a été saisi d'une requête relative à l'exercice de l'autorité parentale. Cette nouvelle possibilité de prolongation a été « *motivé[e] par un souci d'égalité en droit et en fait entre les couples indépendamment de leur statut conjugal* », afin « *de protéger le ou les enfants du regain de violences qui accompagnent les séparations* »⁸. Cela suppose néanmoins que le juge aux affaires familiales soit saisi en sens et qu'il prenne en compte les faits de violences conjugales quand il se prononce sur l'exercice de l'autorité parentale⁹.

Dans cette situation, il convient de se demander si une mesure d'assistance éducative ne serait pas pertinente pour protéger le mineur victime de sa famille. Une saisine du procureur de la

¹ L. n° 2014-873 précitée, art. 32, II, 1°. Antérieurement, l'ordonnance de protection ne pouvait être prise que pour un délai de quatre mois.

² L. n° 2014-873 précitée.

³ Art. 515-12 C. civ.

⁴ TGI Lille, 11 février 2013, RG n° 12/07774 ; *AJ fam.*, 2013, p. 234, obs. LABBEE (X.).

⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), précité, *RLDC*, 2010/75, n° 397 ; GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁶ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁷ L. n° 2014-873 précitée, art. 32, II, 2°.

⁸ DENAJA (S.), *Rapport n° 1663* précité, *Doc. AN*, XIV^{ème} législature, p. 207.

⁹ *Supra*. § 593.

République devrait être systématique. Le magistrat du parquet pourrait envisager une protection du mineur avec la procédure d'assistance éducative. Il lui appartiendrait de saisir le juge des enfants compétent afin qu'une mesure d'assistance judiciaire de la famille soit mise en œuvre¹. La loi pour l'égalité réelle entre les femmes a ainsi prévu que le juge qui délivre une ordonnance de protection en raison de violences, susceptibles de mettre en danger un ou plusieurs enfants, en informe sans délai le procureur de la République². Il n'en demeure pas moins que l'ordonnance de protection « *constitue la seule mesure d'ensemble permettant dans l'urgence de prendre en compte tous les aspects de la situation de la victime, quel que soit le mode de conjugalité choisi* »³. Elle permet de séparer instantanément le parent violent du parent victime tout en maintenant le mineur auprès de ce dernier. En effet, si dans ce contexte, le procureur de la République⁴ et le juge des enfants⁵ peuvent ordonner un placement en urgence de l'enfant victime de sa famille, cette mesure fait abstraction de la situation du parent victime. Elle démontre une défiance à l'égard de la famille⁶ alors que celle-ci ne s'exerce qu'à l'encontre du parent violent. En outre, la séparation de l'enfant du père ou de la mère qui n'est pas l'auteur des faits pourrait déstabiliser l'équilibre du mineur. C'est pourquoi il convient prioritairement de recourir à un éloignement du parent dans le cadre de l'ordonnance de protection, laquelle constitue un dispositif moderne de protection du mineur victime des violences conjugales.

596. Le principe de l'éloignement du parent violent. – Le juge aux affaires familiales dispose de plusieurs prérogatives pour organiser l'éloignement du parent. Il peut « *statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal et sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences* »⁷. Dans le même sens, le magistrat est compétent pour « *préciser lequel des partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou des concubins continuera à résider dans le logement commun et statuer sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou au concubin qui n'est pas l'auteur des violences,*

¹ Art. 375, al. 1^{er} C. civ.

² L. n° 2014-873 précitée, art. 32, I, 5° ; art. 515-11, al. 3 C. civ.

³ GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁴ Art. 375-5, al. 2nd C. civ.

⁵ Art. 375-5, al. 1^{er} C. civ.

⁶ *Supra.* § 201.

⁷ Art. 515-11, al. 1^{er}, 3° C. civ.

même s'il a bénéficié d'un hébergement d'urgence »¹. Il existe désormais une égalité formelle de traitement entre les couples, ce qui favorise la protection des enfants quel que soit l'union choisie par les parents. En effet, « *la personne victime de violences au sein de son couple aura [...] strictement les mêmes droits s'agissant de son maintien dans le logement qu'elle occupait avec l'auteur des violences* »². Le statut de victime prime la forme de conjugalité. Le principe est celui de l'attribution du logement à l'époux, au concubin ou au partenaire qui n'est pas l'auteur des violences, sauf circonstances particulières justifiant une autre solution³. Cela sera par exemple le cas si l'attribution du logement familial à la victime n'est pas la mesure la plus appropriée pour garantir la sécurité des victimes des violences conjugales.

L'ordonnance de protection permet d'organiser la séparation du parent violent de la famille. Pour garantir l'éviction effective de l'auteur des violences du domicile familial, une mesure d'expulsion pourra être ordonnée⁴. « *Une injonction d'éloignement* »⁵ pourra également être prononcée contre la partie défenderesse, étant donné que le juge aux affaires familiales peut lui interdire de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées, ainsi que d'entrer en relation avec elles de quelque façon que ce soit⁶. Afin de renforcer l'effectivité de l'ordonnance de protection, la violation des dispositions qu'elle contient est sanctionnée pénalement. Est incriminé, à l'article 227-4-2 du Code pénal, « *le fait, pour une personne faisant l'objet d'une ou plusieurs obligations ou interdictions imposées dans une ordonnance de protection rendue en application des articles 515-9 ou 515-13 du code civil, de ne pas se conformer à cette ou ces obligations ou interdictions* »⁷. Dans ce cadre, « *il s'agit moins de compter sur l'effet dissuasif de la sanction pénale pour assurer le respect des obligations découlant d'une ordonnance de protection que de prévenir toute éventuelle violation de l'une de ces obligations* »⁸. Cela signifie que le parent auteur ne peut pas reprendre la cohabitation avec la famille tant que l'ordonnance de protection n'a pas épuisé ses effets. Le consentement du parent victime est insuffisant pour écarter l'application de la décision judiciaire. La singularité de l'intérêt supérieur de l'enfant justifie cette solution, bien que les relations entre l'enfant et le parent auteur risquent d'être rompues lors de la mise en œuvre de l'ordonnance de protection.

¹ Art. 515-11, al. 1^{er}, 4^o C. civ.

² DENAJA (S.), *Rapport n° 1663 précité, Doc. AN, XIV^{ème} législature*, p. 197.

³ KLES (V.), *Rapport n° 807 précité, Doc. Sénat, 2012-2013*, p. 52.

⁴ PITTI (G.), précité, *Gaz. pal.*, 9 août 2010, n° 231, p. 8.

⁵ ALIX (J.), précité, *AJ pén.*, 2014, p. 208.

⁶ Art. 515-11, al. 1^{er}, 1^o C. civ.

⁷ La violation d'une ordonnance de protection est punie de deux ans d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

⁸ ROBERT (A.-G.), « *Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants* », *RSC*, 2010, p. 911.

597. La relativité de l'éloignement du parent violent. – Les relations personnelles entre le mineur et le parent violent ne peuvent pas être définitivement rompues, car « *pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la ‘vie familiale’ au sens de l'article 8 de la Convention* »¹ européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Il est donc impératif de maintenir la continuité et l'effectivité des liens entre l'enfant et chacun de ses parents, sauf à ce que la gravité des faits reprochés y fasse obstacle. Si la violence d'un parent envers l'autre a nécessairement un impact sur les relations parents-enfants², le juge peut considérer que les violences commises par un parent sur l'autre sont indépendantes de son comportement à l'égard de l'enfant³. C'est la raison pour laquelle le juge aux affaires familiales peut se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁴ lorsqu'il est saisi sur le fondement des articles 515-9 et suivants du Code civil. Il peut décider de recourir à un exercice unilatéral de l'autorité parentale, de statuer sur la résidence du mineur, de refuser un droit de visite et d'hébergement ou d'organiser celui-ci dans un espace de rencontre⁵. Ce n'est que si les violences conjugales constituent une atteinte à l'intérêt de l'enfant qu'elles pourront justifier une suppression ou une réduction des relations entre l'enfant et le parent violent. Par exemple, la cour d'appel de Paris, le 14 janvier 2014⁶, a débouté la mère de sa demande d'exercice exclusif de l'autorité parentale. Elle a jugé que les rapports difficiles entre les parents ne compromettent pas les décisions à prendre dans l'intérêt des enfants. Elle a également infirmé l'ordonnance de protection rendue par le premier juge ayant fixé la résidence habituelle des mineurs chez la mère, pour décider de la mise en place d'une résidence alternée. Elle a considéré que si le père, qui s'est organisé dans son travail pour être disponible et dont les qualités éducatives sont manifestes, a pu se montrer violent dans son couple dans un contexte de mésentente, il ne l'a jamais été à l'égard des enfants. Dans le même sens, le 25 avril 2013⁷, la juridiction d'appel parisienne a considéré, bien que l'ordonnance de protection attaquée soit fondée, qu'il a lieu de dire que l'autorité parentale devait être exercée en commun. Les juges du fond ont relevé, nonobstant les violences commises par le père, que la situation de danger des enfants est bien antérieure à la séparation parentale. C'est ce qui leur permet de conclure en faveur de l'exercice en commun de l'autorité parentale. En outre, pour les magistrats, « *rien ne permet de dire que l'intérêt des enfants est d'attribuer à la mère l'autorité parentale exclusive*

¹ Cour EDH, 11 décembre 2012, *Ball c/ Andorre*, req. n° 40628/10, § 45.

² DEKEUWER-DEFOSSEZ (F), précité, *RLDC*, 2010/75, n° 397.

³ GOUTTENOIRE (A.), précité, *AJ fam.*, 2010, p. 518 ; GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

⁴ Art. 515-11, al. 1^{er}, 5° C. civ.

⁵ Art. 373-2-1 et 373-2-9 C. civ.

⁶ CA Paris, 14 janvier 2014, Jurisdata n° 2014-000135.

⁷ CA Paris, 25 avril 2013, Jurisdata n° 2013-008180.

alors que celle-ci est décrite comme « débordée » et que la prise en charge éducative des enfants ne fait que débiter ». Dans une autre espèce, les juges du fond ont confirmé l'ordonnance de protection déferée et décider de maintenir le droit de visite du père dans un lieu neutre¹. La cour d'appel a pris en considération le profond trouble qui affecte l'enfant, encore très jeune, pour refuser au père l'exercice d'un droit de visite classique, celui-ci étant à l'origine d'un climat d'insécurité autour de l'enfant et de violences et humiliations. Dans le cadre de la procédure d'éloignement du parent violent, c'est donc l'intérêt de l'enfant qui oriente l'office du juge lorsqu'il organise les relations du mineur avec le parent auteur. La violence conjugale « n'entraîne pas ipso facto la disparition du statut de parent »², mais si les conséquences physiques et psychologiques de celle-ci mettent en péril l'intérêt supérieur du mineur, le juge dispose de la faculté de limiter les contacts parent-enfant.

b/ L'éloignement de l'enfant dans le cadre de la procédure pénale

598. L'éloignement : une mesure alternative aux poursuites. – Le procureur de la République, saisi de faits de violence conjugale, peut décider de ne pas poursuivre leur auteur. Cette absence de poursuite immédiate « ne signifie pas nécessairement que ce magistrat n'envisage pas, à terme, de poursuivre »³ le parent violent. Il peut user de voies alternatives aux poursuites dont « l'issue conditionne souvent la solution quant à la poursuite elle-même »⁴. Le ministère public peut décider, à tout moment pendant le délai de prescription, d'engager des poursuites à l'encontre du parent auteur. La poursuite n'est donc que « différée »⁵.

S'il ne poursuit pas, le procureur de la République peut décider de mettre en œuvre une « alternative réparatrice »⁶, dès lors qu'il « lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »⁷. Le législateur souhaite ainsi favoriser le recours à une mesure alternative aux poursuites chaque fois que la mise en œuvre de l'action publique ne paraît pas adaptée, afin de prévenir la réitération des faits en raison de l'infraction commise ou de la personnalité de l'auteur présumé. Dans ce cadre, le magistrat pourra « en cas d'infraction commise soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un

¹ CA Grenoble, 28 janvier 2014, Jurisdata n° 2014-009517.

² GATTO (C.), précité, *AJ fam.*, 2013, p. 271.

³ GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 1477.

⁴ GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 1477.

⁵ GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 1477.

⁶ GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 1496 et s.

⁷ Art. 41-1, al. 1^{er} C. pr. pén.

pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire, demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique »¹. Cette mesure alternative aux poursuites peut également être mise en œuvre lorsque le procureur de la République décide de recourir à une « *alternative punitive* »². Organisée à l'article 41-2, alinéa premier, 14° du Code de procédure pénale, elle vise à sanctionner le parent violent, ce qui suppose l'intervention d'un magistrat du siège³. En effet, le « *procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes* » et qui comporte l'obligation de quitter le domicile familial et de ne pas y paraître⁴.

Si le ministère public décide de recourir à une mesure alternative aux poursuites, il doit en informer la victime⁵, ce qui permet d'encadrer, dans une certaine mesure, l'opportunité des poursuites. La loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes a complété le 6° de l'article 41-1 et le 14° de l'article 41-2 du Code de procédure pénale, afin d'obliger le procureur de la République à recueillir ou à faire recueillir, dans les meilleurs délais et par tous moyens l'avis de la victime sur l'opportunité de demander à l'auteur des faits de résider hors du logement du couple⁶. En outre, ces nouvelles dispositions prévoient que le ministère public a l'obligation d'y recourir lorsque « *sont en cause des faits de violences susceptibles d'être renouvelés et que la victime la sollicite* »⁷. Pour le législateur, ces dispositions tendent à renforcer le dispositif existant, car l'éviction du parent du domicile familial serait facilitée, après que les souhaits et besoins de la victime et, le cas échéant, des enfants aient été pris en considération⁸.

¹ Art. 41-1, al. 1^{er}, 6° C. pr. pén. Cette disposition est également applicable lorsque l'infraction est commise par l'ancien conjoint ou concubin de la victime, ou par la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité, le domicile concerné étant alors celui de la victime. En outre, « *en cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites* » (art. 41-1, al. 3 C. pr. pén.).

² GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *op. cit.*, 9^{ème} éd., Paris : Litec, 2013, § 1473 et s.

³ Art. 41-2, al. 6 C. pr. pén.

⁴ Si le parent violent « *n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, [il] n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau* » (art. 41-2, al. 7 C. pr. pén.).

⁵ Art. 40-1, al. 1^{er} C. pr. pén.

⁶ L. n° 2014-873 précitée, art. 35, I, 1° et 2°.

⁷ L. n° 2014-873 précitée, art. 35, I, 1° et 2°.

⁸ KLES (V.), *Rapport n° 807 précité, Doc. Sénat, 2012-2013, p. 61.*

599. L'éloignement au stade pré-sentenciel. – Le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il ordonne un contrôle judiciaire de la personne mise en examen¹, peut enjoindre l'auteur des faits de violences conjugales à « *s'abstenir de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit* »². Il peut également contraindre le parent violent à quitter le domicile familial et lui proposer une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique³. A nouveau, le législateur a renforcé la protection de la victime en imposant au juge de recueillir ou de faire recueillir l'avis de la victime et en imposant l'éloignement du parent violent, dès lors que la victime le sollicite et qu'il existe un risque de réitération des faits⁴. Dans le même sens, afin de faciliter la protection des enfants confrontés à la violence conjugale, le législateur a assoupli les conditions de mise en œuvre de l'assignation à résidence exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique mobile. Il suffit que la peine encourue soit de cinq ans d'emprisonnement et non de sept ans⁵.

600. L'éloignement et la condamnation du parent violent. – Le législateur a prévu un dispositif protéiforme afin d'éloigner le parent violent des enfants. La protection des mineurs ne se limite pas à un éloignement physique avant la phase de jugement. Dans l'absolu, la privation de liberté du parent auteur des violences conjugales constitue le moyen le plus efficace pour protéger l'enfant victime de sa famille. La commission des actes de violences sur le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un PACS est en outre aggravée⁶. Pour autant, une peine d'emprisonnement ferme n'est pas systématiquement prononcée. Dans ce cas, la juridiction de condamnation ou le juge de l'application des peines peut imposer au condamné, dans le cadre d'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve, l'observation d'une ou de plusieurs obligations, comme le fait de « *s'abstenir d'entrer en relation avec certaines personnes, dont la victime, ou certaines catégories de personnes, et notamment des mineurs, à l'exception, le cas échéant, de ceux désignés par la juridiction* »⁷. Il est également possible de contraindre l'auteur des violences conjugales de quitter le domicile familial et de suivre une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique⁸. A cet égard, la loi du 4 août 2014 a modifié l'article 132-45, 19° du Code pénal afin de renforcer la protection des victimes de violences

¹ Elle doit encourir une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave.

² Art. 138, 9° C. pr. pén.

³ Art. 138, 17° C. pr. pén.

⁴ Art. 138, 17° C. pr. pén. mod. par L. n° 2014-873 précitée, art. 35, I, 3°.

⁵ Art. 142-12-1 C. pr. pén.

⁶ Art. 132-80 C. pén.

⁷ Art. 132-45, 13° C. pén.

⁸ Art. 132-45, 19° C. pén.

conjugales¹. En effet, l'avis de la victime doit être recueilli, dans les meilleurs délais et par tous moyens, sur l'opportunité d'imposer au condamné de résider hors du logement du couple. Sauf circonstances particulières, cette mesure est prise lorsque sont en cause des faits de violences susceptibles d'être renouvelés et que la victime la sollicite.

De telles obligations peuvent encore être imposées au parent violent dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire². Cette peine complémentaire peut accompagner une peine privative de liberté prononcée sans sursis en matière criminelle ou correctionnelle. Elle s'applique, pour la durée fixée par la décision de condamnation, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin³. Formellement, le suivi socio-judiciaire est une peine, mais il est permis de se demander si cette mesure ne tient pas davantage de la mesure de sûreté que de la peine⁴. En effet, son objet est de prévenir une récidive en soumettant le condamné à diverses mesures de surveillance et d'assistance, en particulier s'abstenir de rencontrer la victime l'infraction. Il présente un aspect préventif puisqu'il tend à éviter le renouvellement de l'infraction. L'idée consiste donc à protéger les victimes, spécialement les enfants confrontés aux violences conjugales, de la dangerosité du parent violent. C'est la raison pour laquelle « *le suivi socio-judiciaire peut également comprendre, à titre de mesure de sûreté, le placement sous surveillance électronique mobile* »⁵, le recours à ce dispositif étant par ailleurs facilité par le législateur dès lors que des violences conjugales ont été commises. Il suffit que « *la personne majeure, dont une expertise médicale a constaté la dangerosité,* » ait été « *condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à cinq ans* »⁶.

La nature ambivalente du suivi socio-judiciaire n'interdit pas au juge de prononcer cette peine complémentaire à la place de la peine principale en matière correctionnelle⁷. Il peut également ajouter une mesure de suivi socio-judiciaire à une peine assortie d'un sursis simple, ce qui place le condamné dans les conditions d'un sursis avec mise à l'épreuve⁸. Le suivi socio-judiciaire ne peut donc pas être ordonné en même temps qu'une peine d'emprisonnement assortie en tout ou partie d'un sursis avec mise à l'épreuve, car dans cette hypothèse, ce sont les articles 132-43 et suivants du Code pénal qui ont vocation à s'appliquer⁹. Au demeurant, même lorsqu'il est prononcé au titre d'une peine principale, le suivi socio-judiciaire présente des caractéristiques

¹ L. n° 2014-873 précitée, art. 35, II.

² Art. 131-36-2, al. 2nd et 132-45 C. pén. combinés.

³ Art. 131-36-5, al. 1^{er} C. pén.

⁴ GARÇON (E.), PELTIER (V.), *op. cit.*, Paris : Litec, 2010, § 195 et 197.

⁵ Art. 131-36-9 C. pén.

⁶ Art. 131-36-12-1 C. pén.

⁷ Art. 131-11, al. 1^{er} et 131-36-7 C. pén.

⁸ GARÇON (E.), PELTIER (V.), *op. cit.*, Paris : Litec, 2010, § 195 et 196.

⁹ Art. 131-36-6 C. pén.

de la mesure de sûreté, puisqu'il tend véritablement à empêcher la commission d'une nouvelle infraction. En effet, la peine complémentaire prononcée seule en matière correctionnelle est protégée par un « *mécanisme de contrainte* »¹ organisé à l'article 131-11, alinéa second du Code pénal. Ce texte prévoit que la juridiction peut « *fixer la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie, dans des conditions prévues par l'article 712-6 du Code de procédure pénale, en cas de violation par le condamné des obligations ou interdictions résultant des peines prononcées en application des dispositions* » de l'article 131-11 du Code pénal. Autrement dit, l'inexécution du suivi socio-judiciaire peut conduire à la mise en œuvre d'une peine d'emprisonnement ferme. Cette peine complémentaire présente donc un aspect dissuasif, car si le parent violent ne respecte pas les obligations et interdictions qui lui ont été imposées, il sera contraint d'effectuer la peine d'emprisonnement.

L'éloignement peut également être imposé dans le cadre d'un aménagement de peine : libération conditionnelle², placement sous surveillance électronique³, sorties anticipées en application d'une réduction de peine⁴. D'une manière générale, le juge de l'application des peines, « *s'il existe un risque que le condamné puisse se trouver en présence de la victime ou de la partie civile et qu'au regard de la nature des faits ou de la personnalité de l'intéressé il apparaît qu'une telle rencontre paraît devoir être évitée* », assortit « *toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une interdiction d'entrer en relation avec la victime ou la partie civile et, le cas échéant, de paraître à proximité de son domicile et de son lieu de travail* »⁵. La protection de l'enfant victime des violences conjugales peut ainsi impliquer des restrictions importantes à la liberté du parent auteur des faits de violence. Cet éloignement permet de faire face à des situations de danger pour l'intégrité physique ou psychologique du mineur. Elle évite le rattachement du mineur à la catégorie classique de l'enfant en danger.

Conclusion du chapitre 2

601. Neutraliser l'absolutisme des volontés familiales. – La recommandation n° 874 (1979) de l'APCE affirme que « *les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins*

¹ GARÇON (E.), PELTIER (V.), *op. cit.*, Paris : Litec, 2010, § 230.

² Art. 731 C. pr. pén. et art. 132-45 C. pén. combinés.

³ Art. 723-10 C. pr. pén. et art. 132-45 C. pén. combinés.

⁴ Art. 721-2 C. pr. pén.

⁵ Art. 712-16-2, al. 1^{er} C. pr. pén.

propres »¹. Ces derniers ont le droit d'exprimer leurs opinions et d'être entendus par leurs parents. Ce sont des sujets de droit à part entière. A ce titre, les parents ne peuvent pas appréhender l'enfant comme un objet social. Il convient donc de protéger le mineur contre l'emprise des volontés familiales, ainsi que son libre arbitre. C'est la raison pour laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer toute autre considération. La détermination de son identité ne peut pas être laissée à la seule appréciation, voire à la seule fantaisie, des père et mère tant il est vrai que le choix d'un prénom est susceptible de porter préjudice à l'enfant. Si ce dernier n'est pas immédiatement la victime de sa famille, il est fort probable qu'il le soit pas la suite, lorsqu'il sera confronté aux remarques quotidiennes de ses camarades. Victime en devenir², l'équilibre et le développement de l'enfant seront contrariés en raison de l'identité que ses parents ont choisie. Une même raison peut justifier le refus d'une libéralisation des relations entre l'enfant et un tiers. Ce n'est pas parce que l'enfant vit avec un beau-parent, de sexe différent ou de même sexe, qu'il faut permettre aux père et mère de déléguer leurs pouvoirs sans réel contrôle judiciaire. L'autorité parentale est d'ordre public. Cela signifie que « *la parentalité ne permet pas de conférer une autorité parentale, mais seulement des parcelles* »³ de celle-ci. La parentalité n'est pas une institution à la différence de la parenté. C'est un palliatif d'accueil⁴. Il paraît dès lors inopportun de légiférer pour légitimer des situations de fait alors que les outils actuels permettent, dans une certaine mesure, de répondre aux besoins familiaux⁵, ce d'autant plus que « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »⁶. La force des sentiments du couple recomposé ne doit pas devenir la source de prérogatives juridiques⁷, surtout que le sentiment est singulièrement mouvant et difficilement vérifiable. Les séparations parentales conflictuelles en sont le reflet. Elles peuvent conduire à un affaiblissement et une fragilisation de l'enfant⁸. Dans cette situation, le législateur intervient également pour encadrer les volontés des parents, en veillant spécialement à protéger le libre arbitre de l'enfant pour éviter l'aliénation de sa parole et l'instrumentalisation de son intérêt.

¹ CONSEIL DE L'EUROPE, ass. parlementaire, 4 octobre 1979, *Recommandation n° 874 (1979)*, Charte européenne des droits de l'enfant.

² ALT-MAES (F.), précité, *RSC*, 1994, p. 35.

³ MALAURIE (P.), « Les nouveaux visages de la famille », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. *Thèmes et commentaires*, Paris : Dalloz, 2009, p. 261.

⁴ MALAURIE (P.), précité, in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *op. cit.*, coll. *Thèmes et commentaires*, Paris : Dalloz, 2009, p. 261.

⁵ MALAURIE (P.), « Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork », *JCP G.*, 2009, act. 167.

⁶ MONTESQUIEU, *op. cit.*, Paris : Flammarion, 2008, Partie 6, Livre 29, Chapitre 16.

⁷ Voir notamment : FROSSARD (L.), « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 29

⁸ En ce sens : JUSTON (M.), « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. pal.*, 12 août 2006, n° 224, p. 2.

CONCLUSION DU TITRE 2

602. L'obsession de l'enfant¹. – Il existe aujourd'hui une surreprésentation de l'enfant dans la législation. Le rythme soutenu des réformes affectant la situation juridique du mineur semble révéler une crise du modèle familial, dans une société où le couple n'a jamais été aussi instable². La législation actuelle semble obsédée par l'enfant, comme en témoigne l'accroissement et les particularismes des régimes spéciaux de protection de l'enfant victime de sa famille, dont la diversité est consubstantielle au caractère moderne de ces catégories de mineurs victimes de leurs familles. Cette frénésie législative a provoqué la création d'un ensemble disparate afin de répondre aux besoins spécifiques de l'enfant, confronté à des situations particulières. Il existe donc un régime plural, mais qui n'est pas évolutif. Les différentes mesures de protection des mineurs relevant de la conception moderne de la notion d'enfant victime de leur famille tendent à répondre à un problème particulier. Par exemple, les textes affirment et imposent la coparentalité comme une donnée principale intangible, notamment pour protéger l'enfant après une séparation parentale conflictuelle, mais ils n'hésitent pas à ouvrir la famille aux tiers au mépris des droits des parents³. En effet, si les liens du sang font défaut, il faut bien rattacher l'autorité parentale à un individu partageant la vie de l'enfant, et cela par quelque moyen que ce soit. La consécration de la place du beau-parent semble ainsi inéluctable, même si elle doit se faire au détriment de l'intérêt du mineur. En réalité, l'intérêt supérieur de l'enfant est un masque qui est utilisé pour dissimuler la satisfaction de revendications individuelles. C'est pourquoi les régimes spéciaux de protection doivent replacer l'intérêt de l'enfant au centre de toutes les préoccupations, afin de favoriser l'apparition d'un dispositif global et cohérent, susceptible de réguler le désir d'enfant et de refuser toute réification sociale du mineur au lieu d'y contribuer. La création progressive d'un statut du beau-parent est-elle réellement dans l'intérêt de l'enfant ou n'est-elle qu'une construction en faveur des adultes ?

Cet enthousiasme législatif pour l'enfant s'accompagne concrètement d'une monomanie parentale pour l'enfance : désir d'enfant, identification du mineur, relations personnelles avec l'enfant ou appropriation de ce dernier par la famille. Etre parent est une revendication de nos sociétés modernes et donc un centre d'intérêt pour la législation contemporaine⁴. Les individus qui ne peuvent avoir d'enfant les font fabriquer ou porter par d'autres, tandis que des personnes refusent l'enfant sans prendre en considération l'intérêt du mineur à s'intégrer dans une cellule

¹ En ce sens : CASEY (J.), « L'enfant obsession des temps modernes », *Gaz. pal.*, 29 octobre 2013, n° 302, p. 3.

² En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 7.

³ En ce sens : NEIRINCK (C.), précité, *Rép. civ. Dalloz*, 2008, § 7.

⁴ AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Les infractions parentales », *D.*, 2013, p. 1846.

familiale. La loi cherche ainsi à réguler ces différentes aspirations pour éviter que l'enfant ne soit victime de sa famille, en particulier du choix que des adultes auront fait. Dans le même sens, la volonté de ne pas faire de l'enfant un objet social aboutit à la création de régimes distincts aptes à encadrer l'emprise des volontés familiales ou à protéger le libre-arbitre de l'enfant. Le point commun de ces différents mécanismes est de faire de l'enfant un sujet de droit ou plutôt un « créancier de droits », en raison de la vulnérabilité inhérente de la condition du mineur. Ce dernier serait davantage protégé par la loi, qu'il n'est pas obligé par elle¹. En d'autres termes, l'enfant disposerait de plus de droits qu'il n'a de devoirs. La protection que la loi doit à l'enfant serait justifiée par la violation de ses droits par sa famille. Or, la multiplication des droits de l'enfant, depuis la CIDE, ne peut appeler qu'une augmentation des régimes de protection des droits du mineur. Si ces régimes spéciaux de protection de l'enfant sont imparfaits, en ce qu'ils ne permettent pas de prendre en compte suffisamment l'intérêt de l'enfant, leur construction récente participe néanmoins à l'idée qu'il existe un renouvellement de la notion de mineur victime de sa famille. Quoiqu'il en soit, le développement futur de ces instruments devrait permettre la création d'un dispositif global et unifié de protection de l'enfant victime de sa famille.

¹ CASEY (J.), précité, *Gaz. pal.*, 29 octobre 2013, n° 302, p. 3.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

603. La pluralité apparente de la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille. – La recherche des éléments permettant d'enrichir et de renouveler la notion d'enfant victime de sa famille impliquait d'analyser différentes problématiques qui animent les questions contemporaines relatives à l'enfance. Cela supposait de s'interroger sur les courants qui animent aujourd'hui la société, individualisme, libéralisme et parentalité, puis de rechercher quelles en étaient les conséquences sur le statut de l'enfant dans la famille. La conceptualisation d'une conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille nécessitait d'identifier les situations dans lesquelles l'autonomie de la volonté des membres de la famille était en mesure de porter principalement atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant. L'étude de la législation et de la jurisprudence a permis de démontrer que le comportement des individus pouvait attenter aux droits de l'enfant, tels qu'ils sont notamment protégés par la CIDE. Le désir d'enfant peut porter préjudice à l'identité¹ du mineur, en ce qu'il altère potentiellement sa filiation, tout comme le choix du nom ou de prénom de l'enfant. Les comportements familiaux peuvent aliéner la parole du mineur² et remettre en cause le principe de coparentalité³. A ces catégories modernes multiples d'enfants victimes de leurs familles coïncident des régimes spéciaux de protection. La spécificité de ces situations appelle une réponse publique propre à assurer la protection du droit de l'enfant qui a été lésé par le comportement familial. Pour autant, la pluralité apparente de la conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille cache une véritable cohésion de la matière. Le point commun des différentes catégories modernes d'enfants victimes de leurs familles et des régimes spéciaux correspondant est le droit fondamental de l'enfant qui a été violé. Il semble dès lors possible d'affirmer que le désir d'enfant ou la réification sociale de l'enfant, dont la caractéristique majeure est la place accordée à l'autonomie de la volonté des adultes, ne formeraient qu'une seule et même réalité : les enfants victimes de leurs familles. Cette réalité serait qualifiée de moderne compte tenu de l'apparition récente de ces situations, qui font l'objet d'un traitement spécifique par le législateur concomitamment à leur manifestation. Elle serait la conséquence de l'absence de modèles familiaux, qui ne permet pas aux individus d'adopter un comportement ni d'organiser le fonctionnement de la famille⁴. De ce point de vue, il existerait donc une conception moderne de l'enfant victime de sa famille.

¹ Art. 7 et 8 CIDE.

² Art. 12 CIDE.

³ Art. 18 et 27, § 2 CIDE.

⁴ Sur cette question : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), précité, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 281.

CONCLUSION GENERALE

« Une société nouvelle apparaît et s'organise : "le meilleur des mondes" ? Le pire, peut-être, si nous n'y prenons garde. Pour l'enfant, la difficile conquête, par ses auteurs, de la liberté et l'égalité, ajoute aux dangers qui l'ont toujours menacé en raison de sa faiblesse et de sa dépendance. »

Claire NEIRINCK¹

604. La représentation d'un ensemble de mineurs. – La détermination de la notion d'enfant victime de sa famille a permis de désigner un ensemble de phénomènes où le mineur souffre d'une situation en raison de l'action ou de l'omission de l'un ou de plusieurs des membres de la cellule familiale. Cette notion permet d'assurer la représentation d'un ensemble de mineurs se trouvant dans une situation de même nature. Elle conduit à appréhender des réalités, non seulement connues, mais également nouvelles, de la vie sociale et juridique, afin que le droit les saisisse et les régisse. L'emploi des termes « enfant victime de sa famille » n'est pas neutre. Il permet d'opérer une classification. Il est une illustration du rapport de notre société à l'enfance et à l'enfant. Ainsi, la notion d'enfant victime de sa famille met en exergue l'anormalité des situations familiales dans lesquelles se trouve le mineur. Cette absence de conformité à un modèle familial idéal résulte des qualités de victime et d'auteur. D'une part, l'enfant, sujet de droit et être social vulnérable, est la victime. Ce dernier est soumis aux volontés des individus composant sa famille, ce qui pourrait conduire à son sacrifice dans l'intérêt des adultes qui la constituent. D'autre part, la famille, espace naturel de protection du mineur, est à l'origine d'une atteinte aux droits de la personnalité de l'enfant. Plus particulièrement, c'est l'un des membres de la cellule familiale qui est l'auteur du préjudice dont souffre le mineur. Dans un contexte d'une relation d'autorité, d'affectivité ou de confiance, l'enfant est confronté à un comportement et/ou à des volontés familiales entraînant pour sa personnalité un préjudice réel ou potentiel. En effet, sa vie personnelle, familiale et sociale est susceptible d'être affectée par l'action, l'omission, la décision

¹ NEIRINCK (C.), *op. cit.*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984, § 523.

ou le choix des membres de la famille. Ces éléments forment les caractéristiques révélatrices de la notion d'enfant victime de sa famille. Ils impliquent une remise en cause des droits de la personnalité du mineur. Ils suffisent à en faire une réalité spécifique susceptible d'être appréhendée par le droit. Pour autant, la notion d'enfant victime de sa famille apparaît comme un concept *sui generis* du droit ou une notion à géométrie variable. Elle correspondrait à un standard juridique. L'indétermination *a priori* de cette notion ne signifie cependant pas qu'elle soit indéterminable *a posteriori*.

605. Une notion indéterminée au contenu déterminable. – La flexibilité des qualifications d'enfants victimes de leurs familles retenues a permis la conceptualisation de la notion d'enfant victime de sa famille. L'élasticité de cette notion dans le discours juridique a pu également « *favoriser la recherche des solutions les plus acceptables* »¹. En effet, elle a favorisé la recherche de réponses diverses et appropriées à la malléabilité des réalités rencontrées. La notion d'enfant victime de sa famille « *constitue en quelque sorte le signalement, l'étiquette permettant de [...] repérer* »² les situations où le mineur est victime de sa famille. Le recours à cette notion autorise la révélation de ces situations pour les rendre accessibles et pour faciliter leur traitement. L'étude de la notion d'enfant victime de sa famille a donc permis d'imaginer des règles qui s'appliqueront aux différentes situations où le mineur est en souffrance, compte tenu de l'atteinte portée à sa personnalité ou du contexte familial dans lequel il vit.

Le caractère indéterminé de la notion d'enfant victime de sa famille en fait un concept évolutif, « *facteur d'adaptation* »³. Cette notion fait référence aux comportements qui ont lieu dans la cellule familiale, ce qui impliquait de les comparer avec la réalité d'un modèle familial, perçu comme normal. Elle se fonde dès lors sur des critères paraissant normaux et acceptables dans la société à un moment donné. Cela signifie qu'elle dépend du contexte économique, social et idéologique. C'est donc un instrument de mesure des situations et des comportements qui se produisent dans la famille⁴. Cette notion a permis d'intégrer dans le discours juridique des réalités familiales et sociales, afin d'adapter la portée des règles de droit applicables aux différentes circonstances rencontrées, voire de rechercher de nouvelles solutions juridiques aux hypothèses où l'enfant est victime de sa famille.

¹ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 174. Pour l'auteur, « *l'introduction de cette flexibilité de la règle de droit dans le raisonnement juridique peut favoriser la recherche des solutions les plus "acceptables"* ».

² BERGEL (J.-L.), précité, *D.*, 2012, p. 1567.

³ CORNU (G.), *Droit civil : introduction*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2007, § 188.

⁴ Sur ces éléments d'analyse du standard : BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 174.

L'indétermination de la notion d'enfant victime de sa famille donne enfin au juriste la possibilité d'appréhender toutes les situations où le mineur pourrait souffrir d'un comportement familial susceptible d'attenter à ses droits de la personnalité. Elle permet d'embrasser toutes les hypothèses où l'enfant est une victime avérée ou potentielle de sa famille et d'attribuer à chacune d'entre elles un régime juridique propre à garantir la protection du mineur. C'est pourquoi différentes catégories de mineurs victimes de leurs familles ont pu être établies.

606. La pluralité des catégories d'enfants victimes de leurs familles. – Afin de déterminer le contenu de la notion d'enfant victime de sa famille et d'en saisir les spécificités, il est apparu nécessaire de réaliser une classification des situations rencontrées. Cette opération de qualification de la notion d'enfant victime de sa famille impliquait une catégorisation des hypothèses où le mineur est victime de sa famille en fonction des ressemblances ou des dissemblances constatées. Ces dernières ont ensuite permis d'établir une correspondance avec un régime de protection du mineur. Le droit contemporain présente plusieurs dispositifs de protection de l'enfant qui permettent d'appréhender des réalités distinctes. Ainsi, il a été possible de rattacher des situations distinctes d'enfants victimes de leurs familles à des catégories spécifiques de mineurs victimes de leurs familles, pour ultérieurement les soumettre aux règles de droit régissant ces phénomènes particuliers¹.

Les mots « enfant victime de sa famille » n'apparaissent pas expressément dans le droit. Or, il paraît évident que dans la majorité des cas, c'est la situation de l'enfant victime d'une infraction pénale commise par un membre de sa famille qui est visée. Néanmoins, dans d'autres hypothèses, il est possible d'appréhender, implicitement ou explicitement, des réalités différentes pour déterminer la notion d'enfant victime de sa famille. C'est pour cette raison qu'il existe une pluralité de catégories d'enfants victimes de leurs familles. Cette multiplicité a favorisé la construction de la notion d'enfant victime de sa famille, afin d'en clarifier le phénomène, mais également pour en faciliter l'accès à la juridiction. La recherche des catégories classiques ou modernes d'enfants victimes de leurs familles a permis de décrire le mode d'élaboration et les raisons du développement potentiel de cette notion singulière dans le discours juridique. C'est la raison pour laquelle l'analyse ne s'est pas limitée à l'étude des situations classiquement identifiées de mineurs victimes d'une infraction pénale. La conception classique de la notion d'enfant victime de sa famille a mis en évidence, nonobstant leur perméabilité, deux catégories classiques de mineurs victimes de leurs familles et pour lesquelles le mineur pouvait également

¹ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012, § 178.

être victime d'une infraction : l'enfant délaissé et l'enfant en danger. Il s'agissait donc de mettre en exergue les hypothèses de danger qui ont toujours menacé l'enfant dans sa famille. L'individualisme et le libéralisme dans la société et les familles ont cependant modifié cette réalité classiquement connue de la notion d'enfant victime de sa famille. L'évolution et la transformation des modèles familiaux ont livré une nouvelle figure de la notion d'enfant victime de sa famille par l'apparition d'une conception moderne. En d'autres termes, la notion d'enfant victime de sa famille a permis de mettre l'accent sur les insuffisances de ses fondements, afin d'en favoriser son renouvellement. La conception moderne de la notion d'enfant victime de sa famille fait appel à deux catégories qui permettent de rendre compte de situations où le mineur n'est pas considéré par sa famille comme un sujet de droit, mais comme un objet, en raison du désir d'enfant ou de la réification sociale du mineur.

Cette pluralité des catégories d'enfants victimes de leurs familles témoignent de la singularité des situations rencontrées, ainsi que des interrogations soulevées dans ce champ particulier du droit. Au demeurant, si le droit contemporain présente plusieurs catégories de mineurs victimes de leurs familles, la notion d'enfant victime de sa famille apparaît unitaire.

607. L'unicité de la notion d'enfant victime de sa famille. – L'étude des situations d'enfants victimes de leurs familles a été le lieu de la conceptualisation de la notion d'enfant victime de sa famille et de la recherche de son rôle dans le droit. Cette notion a permis de juridiciser des représentations sociales et de faciliter la protection des mineurs victimes de leurs familles. La notion d'enfant victime de sa famille peut dès lors se présenter comme une nouvelle notion cadre du droit. Elle peut se développer dans les contextes où une atteinte aux droits de la personnalité du mineur est réalisée par un membre de la famille. Cette référence aux droits de la personnalité ajoute à l'enfant une dimension d'existence sociale et juridique comme membre à part entière de la cellule familiale et du corps social, ce qui implique de le considérer comme un véritable sujet de droit. L'association de la notion d'enfant victime de sa famille aux droits de la personnalité permet également d'affirmer que le droit doit éviter le traitement séparé des catégories d'enfants victimes de leurs familles.

Cette notion favorise l'élaboration de principes directeurs et correcteurs aptes à assurer la protection de l'enfant victime de sa famille. Les premiers tendent à la prohibition de certains comportements, tandis que les seconds limitent et tempèrent le principe de l'autonomie de la volonté. De ce point de vue, la notion d'enfant victime de sa famille présente une fonction unificatrice entre les différentes catégories de mineurs victimes de leurs familles. Elle autorise en outre le rapprochement entre les différentes disciplines juridiques, ce d'autant plus qu'elle

procure les conditions nécessaires à une harmonisation du droit. En effet, cette notion fournit au droit un support conceptuel qui permet de penser les différentes catégories d'enfants victimes de leurs familles comme un ensemble unitaire. La notion d'enfant victime de sa famille donne au juriste les éléments nécessaires à la résolution de questions de société qui affectent la situation du mineur dans la cellule familiale. A ce titre, la notion de mineur victime de sa famille renforce l'idée que les membres de la cellule familiale doivent agir dans l'intérêt de l'enfant. Pour autant, elle ne doit pas se limiter à encadrer les comportements des individus. La notion d'enfant victime de sa famille doit permettre une régulation de l'activité juridique par la recherche de solutions législatives et jurisprudentielles conformes à l'intérêt supérieur du mineur, sans que celles-ci ne fassent de l'enfant une victime de sa famille. Autrement dit, la satisfaction de l'intérêt de l'enfant ne doit pas servir de prétexte à la satisfaction de revendications individuelles. La notion d'enfant victime de sa famille est donc en mesure de compléter utilement le concept d'intérêt supérieur de l'enfant. Elle permet de prendre en compte et de protéger efficacement les droits de la personnalité du mineur. Elle contribue également à la clarification des réalités sociales et au renouvellement des constructions juridiques existantes. Ainsi, la conceptualisation de la notion de mineur victime de sa famille donne au juriste l'opportunité de réinterroger le droit à partir d'une notion qui lui est transcendante et apte à garantir la prise en considération de faits sociaux et familiaux nouveaux, susceptibles de préjudicier aux droits de la personnalité de l'enfant.

BIBLIOGRAPHIE

I. – Ouvrages généraux : dictionnaires, manuels et traités

ALFANDARI (E.), TOURETTE (F.),

- *Action et aides sociales*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011.

ALLAND (D.), RIALS (S.) [ss. dir.],

- *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Paris : Lamy-PUF, 2003.

ANALYSE ET TRAITEMENT INFORMATIQUE DE LA LANGUE FRANÇAISE,

- *Le Trésor de la Langue Française Informatisé*, disponible sur : <http://atilf.atilf.fr/>.

ATIAS (C.),

- *Epistémologie juridique*, Paris : Dalloz, 2002.

BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), et al.,

- *L'enfant, sujet de droits*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010.

BATTEUR (A.),

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 7^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013.

BATTEUR (A.), [ss. dir.],

- *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2012.

BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.),

- *Droit des personnes et de la famille*, coll. cours, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014.

BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.),

- *Droit des mineurs*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014.

BORGETTO (M.), LAFORE (R.),

- *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 8^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2012.

CABALLERO (F.),

- *Droit du sexe*, Paris : LGDJ, 2010.

CADIET (L.), JEULAND (E.),

- *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., Paris : Lexisnexis, 2013.

CARBASSE (J.-M.),

- *Histoire du droit pénal et de la Justice criminelle*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2006.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, 21^{ème} éd., Paris : PUF, 2002.
- *Sociologie juridique*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2004.

CARIO (R.),

- *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 4^{ème} éd., Paris : L'Harmattan, 2012.

CONTE (P.),

- *Droit pénal spécial*, 4^{ème} éd., Paris : Litec, 2013.

CORNU (G.),

- *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2005.
- *Droit civil : la famille*, 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2006.
- *Droit civil : les personnes*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2007.

- *Droit civil : introduction*, 13^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2007.
- CORNU (G.), [ss. dir.]**,
 - *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Paris : PUF, 2011.
- DESPORTES (F.), LE GUNEHÉC (F.)**,
 - *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Paris : Economica, 2009.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.)**,
 - *Traité élémentaire de droit pénal et de législation comparée*, 3^{ème} éd., Paris : Sirey, 1947.
- DREYER (E.)**,
 - *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Paris : Litec, 2012.
- DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.)**,
 - *Droit de la sécurité sociale*, 17^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011.
- ECHAUDEMAISON (C.-D.), [ss. dir.]**,
 - *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 9^{ème} éd., Paris : Nathan, 2013.
- FAGES (B.)**,
 - *Droit des obligations*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2013.
- FENOUILLET (D.)**,
 - *Droit de la famille*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013.
- FLORENT (J.), JEAU-MAYNAR (I.)**,
 - *Le Petit Larousse illustré*, Paris : Larousse, 2012.
- GARÇON (E.), PELTIER (V.)**,
 - *Droit de la peine*, Paris : Litec, 2010.
- GASSIN (R.), CIMAMONTI (S.), BONFILS (P.)**,
 - *Criminologie*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011.
- GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), DELICOSTOPOULOS (C.), et al.**,
 - *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2005.
- GUINCHARD (S.), BUISSON (J.)**,
 - *Procédure pénale*, 9^{ème} éd., Paris : Litec, 2013.
- HALPERIN (J.-L.)**,
 - *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2012.
- HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.)**,
 - *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.)**,
 - *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : PUF, 1996.
- LEGROS (B.)**,
 - *Droit de la bioéthique*, Bordeaux : Les Etudes Hospitalières, 2013.
- LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.)**,
 - *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2010.
- LITRE (E.)**,
 - *Dictionnaire de la langue française*, Chicago : Encyclopaedia Britannica Inc., 1987.
- MALAUURIE (P.)**,
 - *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 7^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2014.
- MALAUURIE (P.), FULCHIRON (H.)**,
 - *La famille*, 4^{ème} éd., Paris : Defrénois, 2011.

MASSIP (J.),

- *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris : Defrénois, 2009.

PRADEL (J.), CORSTENS (G.), VERMEULEN (G.),

- *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2009.

PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.),

- *Droit pénal spécial, droit commun, droit des affaires*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2010.

RASSAT (M.-L.),

- *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011.

RAYMOND (G.),

- *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2006.

RENUCCI (J.-F.),

- *Le droit pénal des mineurs*, Paris : Masson, 1994.

ROBERT (J.-H.),

- *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2005.

SUDRE (F.),

- *Droit européen et international de droits de l'homme*, 10^{ème} éd., Paris : PUF, 2011.

SUDRE (F.) et al.,

- *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, 2011.

TERRE (F.),

- *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012.

TERRE (F.), FENOUILLET (D.),

- *Droit civil, La famille*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2011.
- *Droit civil, Les personnes*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012.

TEYSSIE (B.),

- *Droit civil, Les personnes*, 15^{ème} éd., Paris : LexisNexis, 2014.

VIALLA (F.), [ss. dir.], ET REYNIER (M.), MARTINENT (E.), [ss. coord.],

- *Les grandes décisions du droit médical*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014.

II. – Ouvrages spéciaux : monographies, thèses et travaux collectifs

ARCHER (F.),

- *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris : L'Harmattan, 2003.

ARIES (P.),

- *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris : Seuil, 1973.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT (travaux de l'),

- *La protection de l'enfant (Journées Egyptiennes)*, Paris : Economica, 1981.
- *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées Turques)*, Paris : Economica, 1990.

AUTEM (D.),

- *Les mesures judiciaires de placement de l'enfant mineur*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Lille 2, 1998, 2 Volumes, 631 pages.

BADINTER (E.),

- *L'Amour en plus*, coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 2001.

BAUDOIN (J.-L.), LABRUSSE-RIOU (C.),

- *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris : PUF, 1987.

BAUDOIN (J.-M.),

- *Le juge des enfants : punir ou protéger ?*, Paris : ESF, 1990.

BAZIN (H.),

- *Vipère au poing*, [1948], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1997.

BELLON (L.),

- *L'atelier du juge : à propos de la justice des mineurs*, 2^{ème} éd., Ramonville Saint-Agne : Erès, 2011.

BERGEL (J.-L.),

- *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2012.

BERTOL (D.),

- *Famille et responsabilité*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Bordeaux IV, 2006, 898 pages.

BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al.,

- *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge: Editions législatives, 2007.

BINET (J.-R.),

- *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris : Lexisnexis, 2012.

BONGRAIN (M.),

- *Le placement de l'enfant victime : une mesure irrespectueuse*, Paris : L'Harmattan, 2004.

BONNET (C.),

- *Geste d'amour. L'accouchement sous X*, Paris : Odile Jacob, 1990.
- *Les enfants du secret*, Paris : Odile Jacob, 1992.

BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.],

- *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012.

BREDIN (J.-D.),

- *Un enfant sage*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 1990.

BRISSET (C.),

- *Rendre justice aux enfants*, Paris : Anne Carrière, 2006.

CARBONNIER (J.),

- *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., Paris : Répertoire du Notariat Defrénois, 1995.
- *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris : Editions Flammarion, 1996.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2001.

CARIO (R.),

- *L'enfant exposé aux violences conjugales, Vers un statut spécifique ?*, Paris : L'Harmattan, 2012.

CORDIER-DUMONNET (N.),

- *Le détournement d'institution*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Bourgogne, 2010, 526 pages.

CORPART (I.), [ss. dir.],

- *Familles recomposées*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2011.

CREOFF (M.),

- *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*, 2^{ème} éd., Paris : Dunod, 2006.

CYRULNIK (B.),

- *Les nourritures affectives*, Paris : Odile Jacob, 2000.

DECAUX (E.), [ss. dir.],

- *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 2011.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),

- *Les droits de l'enfant*, coll. Que sais-je ?, 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2010.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), [ss. dir.],

- *La séparation dans tous ses états*, coll. Lamy Axe Droit, Paris : Lamy, 2010.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.],

- *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille.*, Paris : LGDJ, 1996.
- *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Paris : LGDJ, 1997.
- *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003.
- *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005.

DELAGRANGE (G.),

- *Comment protéger l'enfant*, Paris : Karthala, 2004.

DELAISI DE PARSEVAL (G.), JANAUD (A.),

- *L'enfant à tout prix : essai sur la médicalisation du lien de filiation*, Paris : Seuil, 1983.

DELAISI (V.), VERDIER (P.),

- *Enfant de personne*, Paris : Odile Jacob, 1994.

DELAPORTE-CARRE (C.),

- *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2008.

DELFOSE-CICILE (M.-L.),

- *Le lien parental*, Paris : LGDJ : Université Panthéon-Assas, 2003.

DESNOYER (C.),

- *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, Paris : L'Harmattan, 2001.

DONZELOT (J.),

- *La police des familles*, Paris : Les éditions de Minuit, 2005.

DREYFUS (A.),

- *Belle famille*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 2012.

DURAND (E.),

- *Violences conjugales et parentalité. Protéger la mère, c'est protéger l'enfant*, Paris : L'Harmattan, 2013.

DURKHEIM (E.),

- *Education et sociologie*, [1922], 10^{ème} éd., coll. Quadrige, Paris : PUF, 2013.

DUVAL-ARNOULD (D.),

- *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1994.

EGEA (V.),

- *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2010.

EHRENBERG (A.),

- *La fatigue d'être soi, Dépression et société*, Paris : Odile Jacob, 1998.

EPAILLY (D.),

- *Les sectes et le droit familial*, Paris : L'Harmattan, 2000.

FABRE-MAGNAN (M.),

- *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris : Librairie Arthème Fayard, 2013.

FAURE (B.), [ss. dir.],

- *Les objectifs dans le droit*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010.

FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), [ss. dir.],

- *La contractualisation de la famille*, Paris : Economica, 2001.

FRANÇOIS (E.), [ss. coord.],

- *Histoire du droit et de la Justice en France*, Issy-les-Moulineaux : Prat Editions, 2007.

FULCHIRON (H.), [ss. dir.],

- *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009.

FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.],

- *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013.

GALLANT (E.),

- *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, coll. Doctorat et Notariat, Paris : Defrénois, 2004.

GAREIL (L.),

- *L'exercice de l'autorité parentale*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2004.

GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.),

- *Réinventer la famille ?*, coll. Doc' en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2013.

GHITTI (J.-M.),

- *Appel à une réforme de la justice familiale*, Paris : Les éditions du Cerf, 2010.

GIDE (A.),

- *Les nourritures terrestres*, [1897], suivi de *Les nouvelles nourritures*, [1935], coll. Folio, Paris : Gallimard, 1972, rééd. 2012.

GLANDIER-LESCURE (N.),

- *L'inceste en droit français contemporain*, Aix-en-Provence : PUAM, 2006.

GRATALOUP (S.),

- *L'enfant et la famille dans les normes européennes*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1998.

GROSSET (D.),

- *Maltraitance à enfant*, Paris : Masson, 1996.

- HENRY (M.) avec la collaboration de GIRAULT (H.) et CHIRAL (Y.),**
 - *Les jeunes en danger : le champ d'application de l'assistance éducative*, Vaucresson : Centre de formation et de recherche de l'éducation surveillée, 1972.
- HERVE (C.), STANTON-JEAN (M.), RIBAU-BAJON (C.), [ss. dir.],**
 - *Violences sur le corps de la femme, Aspects juridiques, culturels et éthiques*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012.
- HONHON (Y.),**
 - *L'enfant et le droit*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Nantes, 2009, 2 Volumes, 846 pages.
- HOUZEL (D.), [ss. dir.],**
 - *Les enjeux de la parentalité*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 1999, rééd. 2006.
- HUGO (V.),**
 - *Les misérables*, [1862], 2 tomes, coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1998.
- HUYETTE (M.), DESLOGES (P.),**
 - *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, 4^{ème} éd., Paris : Dunod, 2009.
- IZORCHE (M.),**
 - *Le raisonnement juridique*, 1^{ère} éd., coll. Thémis, Paris : PUF, 2001.
- JACQUES (P.), [ss. dir.],**
 - *Etre parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010.
- JEANCLOS (Y.),**
 - *La Justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2011.
- KANT (E.),**
 - *Métaphysique des mœurs, Tome 2, Doctrine du droit ; Doctrine de la vertu*, [1795], Paris : Flammarion, 1994.
- KERMALVEZEN (A.),**
 - *Mes origines, une affaire d'Etat*, Paris : Max Milo Editions, 2014.
- LABBEE (X.),**
 - *Condition juridique du corps humain. Avant la naissance et après la mort*, Lille : Presse Universitaire de Lille, 1990, rééd. 2012.
- LAVOUE (J.),**
 - *La demande en justice en protection de l'enfance*, Paris : L'Harmattan, 2004.
- LEMOULAND (J.-J.), LUBY (M.), [ss. dir.],**
 - *Le droit à une vie familiale*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2007.
- LEQUETTE (Y.), MAZEAUD (D.), [ss. dir.],**
 - *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2014.
- LHERBIER-MALBRANQUE (B.),**
 - *La protection de l'enfant maltraité, Protéger, aider, punir, collaborer*, Paris : L'Harmattan, 2000.
- LHULLIER (J.-M.),**
 - *Aide sociale à l'enfance, Guide pratique*, 9^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2009.
- LIPOVETSKY (G.),**
 - *L'ère du vide : essai sur l'individualisme contemporain*, Paris : Gallimard, 1991.

LOCKE (J.),

- *Traité du Gouvernement civil*, [1690], Paris : Flammarion, 2008.

LOPEZ (G.),

- *La victimologie*, coll. Connaissance du droit, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2014.

MAC COURT (F.),

- *Les cendres d'Angela, Une enfance irlandaise*, Paris : Belfond, 1997.

MARRION (B.),

- *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Nancy II, 2010, 452 pages.

MILLARD (E.),

- *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, coll. Bibliothèque de droit public, Paris : LGDJ, 1994.
- *Théorie générale du droit*, coll. connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2006.

MONTAIGNE,

- *Essais*, [1580-1595], Paris : Flammarion, 2008.

MONTESQUIEU,

- *De l'esprit des lois*, [1748], Paris : Flammarion, 2008.

MURAT (P.), [ss. dir.],

- *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013.

MUZNY (P.), [ss. dir.],

- *La liberté de la personne sur son corps*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010.

NAVES (P.) et al.,

- *La réforme de la protection de l'enfance, Une politique publique en mouvement*, Paris : Dunod, 2007.

NEIRINCK (C.),

- *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1984.
- *Le droit de l'enfance après la convention des nations unies*, 1^{ère} éd., Paris : Belfond, 1993.

NEIRINCK (C.), [ss. dir.],

- *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Paris : Erès, 2003.
- *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010.

NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.],

- *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014.

NEIRINCK (C.), GROSS (M.),

- *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et société*, coll. Doc' en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014.

NERAC-CROISIER (R.), [ss. dir.],

- *Le mineur et le droit pénal*, Paris : L'Harmattan, 1997.

NERAC-CROISIER (R.), CASTAIGNEDE (J.), [ss. dir.],

- *La protection judiciaire du mineur en danger, Aspects de Droit Interne et de Droits Européens*, Paris : L'Harmattan, 2000.

PEDRON (P.),

- *Guide de la protection Judiciaire de la Jeunesse, Mineurs en danger – Mineurs délinquants. Pratiques éducatives et droit de la PJJ*, 3^{ème} éd., Paris : Gualino, 2012.

PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.],

- *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1984.

PERRAULT (C.),

- *Contes*, [1697], coll. folio classique, Paris : Gallimard, 1981, rééd. 2012.

PICHARD (M.),

- *Le droit à. Etude de législation française*, Paris : Economica, 2006.

PIN (X.),

- *Le consentement en matière pénale*, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, Paris : LGDJ, 2002.

PY (B.),

- *Le sexe et le droit*, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., Paris : PUF, 1999.

QUEFFELEC (Y.),

- *Les noces barbares*, coll. Blanche, Paris : Gallimard, 1985.

RENARD (J.),

- *Poil de carotte*, [1894], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1999.

RENUCCI (J.-F.), COURTIN (C.),

- *Le droit pénal des mineurs*, coll. Que sais-je ?, 4^{ème} éd., Paris : PUF, 2001.

ROCHFELD (J.),

- *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, 2013.

ROSENCZVEIG (J.-P.),

- *Le dispositif français de protection de l'enfance*, 3^{ème} éd., Paris : Editions Jeunesse et droit, 2005.
- *La justice et les enfants*, coll. A savoir, Paris : Dalloz, 2013.

ROUBIER (P.),

- *Théorie générale du droit*, 2^{ème} éd., Paris : Sirey, 1951.

ROUJOU DE BOUBEE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.), MAYAUD (Y.),

- *Code pénal commenté, Article par article, Livres I à IV*, Paris : Dalloz, 1996.

ROUSSEAU (J.-J.),

- *Julie ou la nouvelle Heloise*, [1761], Paris : Gallimard, 1967.
- *Du Contrat social ou Principe du droit politique*, [1762], Paris : Flammarion, 2008.
- *Emile ou de l'éducation*, [1762], Paris : Flammarion, 2009.

ROUSSEL (L.),

- *La famille incertaine*, Paris : Odile Jacob, 1989.

ROYAL (S.),

- *Les droits des enfants*, coll. A savoir, Paris : Dalloz, 2007.

RUDE-ANTOINE (E.), PIEVIC (M.), [ss. dir.],

- *Ethique et famille*, Tome 1, Paris : L'Harmattan, 2011.

RUFFIEUX (G.),

- *La sanction des obligations familiales*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris : Dalloz, 2014.

SAINT AUGUSTIN,

- *Les confessions*, [397-400], Paris : Flammarion, 2008.

SAKJI (A.),

- *Le prénom et l'ordre public*, Mémoire de Master Recherche en droit privé fondamental et sciences criminelles, Université Lille 2, 2011, 133 pages.

SARTRE (J.-P.),

- *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, [1943], coll. Tel, Paris : Gallimard, 1976, rééd. 2012.

SERIAUX (A.), [ss. dir.],

- *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996.

SUDRE (F.), [ss. dir.],

- *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention Européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002.

TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.],

- *Réflexion sur la loi bioéthique*, Paris : Mare & Martin, 2012.

TESTART (J.), [ss. dir.],

- *Le magasin des enfants*, coll. Folio actuel, Paris : Gallimard, 1994.

THERY (I.),

- *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris : Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2010.

TROPER (M.),

- *La philosophie du droit*, coll. Que sais-je ?, 3^{ème} éd. Paris : PUF, 2011.
- *Le droit et la nécessité*, coll. Léviathan, Paris : PUF, 2011.

TUSSEAU (G.),

- *Les notions juridiques*, Economica, Paris : 2009.

VALLES (J.),

- *L'enfant*, [1879], coll. Le livre de poche, Paris : LGF, 1985.

VASSEUR (P.),

- *Protection de l'enfance et cohésion sociale du IV^e au XX^e siècle*, Paris : L'Harmattan, 1999.

VERDIER (P.), EYMEINIER (M.),

- *La réforme de la protection de l'enfance*, 2^{ème} éd., Paris : Berger-Levrault, 2012.

VERDIER (P.), NOE (F.),

- *Guide de l'aide sociale à l'enfance*, 6^{ème} éd., Paris : Dunod, 2008.

YOUF (D.),

- *Penser les droits de l'enfant*, Paris : PUF, 2002.

III. – Articles, chroniques et contributions à des travaux collectifs

ALIX (J.),

- « Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales », *AJ pén.*, 2014, p. 208.

ALLAER (C.),

- « L'enfant oublié », *JCP G.*, 1975, I, 2735.

ALT-MAES (F.),

- « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC*, 1994, p. 35.
- « Le discernement et la parole de l'enfant en justice », *JCP G.*, 1996, I, 3913.
- « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *RSC*, 1998, p. 301.
- « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G.*, 2000, I, 275.
- « Délaissement de mineur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, fasc. 20, 2009.
- « Privation d'aliments ou de soins », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011.

AMAR (J.),

- « Privation d'aliments ou de soins », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2005.

AMBROISE-CASTEROT (C.),

- « Les infractions parentales », *D.*, 2013, p. 1846.

AMBROISE-CASTEROT (C.), FRICERO (N.),

- « La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes : nouvelles armes juridiques », *RJPF*, 2010-9/11.

AMBRY (S.),

- « La fin des secrets ou l'espoir d'une procédure contradictoire », *AJ fam.*, 2002, p. 212.

ANCEL (B.),

- « L'identité de l'enfant : nom sensé ou non-sens ? », *Petites affiches*, 30 août 2013, n° 174, p. 6.
- « Vers une évolution des mœurs ? A propos de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 », *JCP G.*, 2014, act., 918.

ASSIER-ANDRIEU (L.),

- « Le contrat social de l'enfance. Sur les fondements anthropologiques de la condition mineure », *RTD civ.*, 2010, p. 705.

ATIAS (C.),

- « Le contrat de substitution de mère », *D.*, 1986, chron., p. 67.

ATIAS (C.), LINOTTE (D.),

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron., p. 251.

ATIBACK (A.),

- « L'intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative », *Dr. famille*, 2006, étude n° 18.

ATTIAS (D.),

- « L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 330.
- « Les nouveaux droits de l'enfant sont-ils compatibles avec sa protection et ne mettent-ils pas en danger l'autorité parentale ? », *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 51.

AUBIN (S.),

- « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *Petites affiches*, 20 mars 2003, n° 57, p. 3.

AUTEM (D.),

- « La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale », *RJPF*, 2003-1/11.
- « La communication entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles (Décret n° 2009-398 du 10 avril 2009) », *Petites affiches*, 18 juin 2010, n° 121, p. 4.

- « La responsabilité civile du fait d'autrui à l'épreuve de la réforme de la protection de l'enfance », *RDSS*, 2012, p. 134.

AUVOLAT (G.),

- « Quelques aspects de la réforme du nom », *AJ fam.*, 2005, p. 44.

BAILLON-WIRTZ (N.),

- « L'enfant simplement conçu », *RLDC*, 2011/87, n° 4436.

BALDES (O.),

- « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pénal*, 2010, étude n° 7.

BANDRAC (M.), DELAISI DE PARSEVAL (G.), DEPADT-SEBAG (V.),

- « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007) », *D.*, 2008, p. 434.

BARBE (E.), LA-MESTA (M.),

- « Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles », *AJ fam.*, 2009, p. 480.

BARGHOLTZ (H.),

- « La large prohibition européenne des châtiments corporels infligés au enfants », *AJ fam.*, 2005, p. 221.

BAS (C.),

- « Les séquelles de la suppression de la procédure judiciaire de changement de nom », *RLDC*, 2007/37, n° 2495.

BATTEUR (A.),

- « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, p. 759.
- « Secrets autour de la conception d'un enfant », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2005, p. 15.
- « La carence de l'autorité parentale », *RLDC*, 2008/51 (supplément), n° 3089.
- « Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du Parlement, point de changements possibles (A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-39 QPC du 5 octobre 2010) », *Petites affiches*, 1^{er} décembre 2010, n° 239, p. 6.
- « La révolution du droit de la famille et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes du même sexe », *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 3.
- « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 29.

BATTEUR (A.), LARRALDE (J.-M.),

- « §2. L'encadrement de la fonction parentale », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2012, p. 593.
- « Section 3. La liberté de ne pas être mère : l'accouchement sous X », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2012, p. 167.

BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPAU (L.), RAOUL-CORMEIL (G.), ET al.,

- « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot "parent" est un impératif juridique ! », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 3.

BAUDIN-MARIN (M.-P.),

- « Audition du mineur à sa demande : réflexion inspirée par la jurisprudence », *Petites affiches*, 21 juin 2013, n° 124, p. 4.

BAZIN (E.),

- « Le droit pour l'enfant d'entretenir des relations avec ses ascendants », *Gaz. pal.*, 11 février 2010, n° 42, p. 7.
- « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples », *JCP G.*, 2010, doct., 957.
- « Violences familiales », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2012.

BEAGUE (M.), FERRIER (S.-M.), HOUSIER (J.), SAULIER (M.),

- « Beau-parent/co-parent », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 71.

BEAUSSONIE (G.),

- « L'enfant victime d'infraction », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 227.

BECHILLON (M. de), CHOULOT (J.-J.),

- « L'abus sexuel commis sur des mineurs et sa preuve en droit pénal », in NERAC-CROISIER (R.), [ss. dir.], *Le mineur et le droit pénal*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 49.

BEIGNIER (B.),

- « La famille entre autorité parentale et autorité de l'Etat », *Dr. famille*, 2006, repère n° 2.
- « De "l'enfant roi" au "parent roi" ? », *Dr. famille*, 2012, repère n° 1.

BELLIVIER (F.),

- « Dévolution du nom de famille », *RTD civ.*, 2003, p. 554.
- « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », in JACQUES (P.), [ss. dir.], *Etre parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 39.

BELLON (L.),

- « La protection judiciaire. L'enfant pauvre devant ses juges », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 103.

BENALCAZAR (I. de),

- « Une nouvelle filiation : l'"homoparentalité" ? », *Gaz. pal.*, 12 décembre 2000, n° 347, p. 18.

BENHAMOU (Y.),

- « Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.*, 1993, chron., p. 103.

BERDEAUX-GASCOGNE (F.),

- « La discrète reconnaissance du "parent social" », *AJ fam.*, 2013, p. 346.

BERGEL (J.-L.),

- « A la recherche de concepts émergent en droit », *D.*, 2012, p. 1567.

BERNARD (Y.),

- « La place du tiers géniteur », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 26.

BERNARD-XEMARD (C.),

- « La famille homosexuelle en Europe », *RLDC*, 2012/98, n° 4873.
- « Naître sans mère... Et le père ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 27.
- « Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles... », *Dr. famille*, 2014, étude n° 10.

BERNARD (C.),

- « Le nom de l'enfant après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 16.

BERNIGAUD (S.),

- « Du signalement à la prise en charge des mineurs en danger. *Statu quo* ou clarification du dispositif fonctionnel de protection de l'enfance ? », *RDSS*, 2007, p. 29.
- « Les enjeux de la réforme de la protection de l'enfance », *Dr. famille*, 2007, étude n° 23.
- « Les droits des grands-parents dans le cadre de l'enfance en danger », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 123.
- « Action sociale en faveur de l'enfance », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 1037.
- « Dispositif judiciaire de l'enfance en danger : l'assistance éducative », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 1065.

BERTHET (P.),

- « Solidarité *intra* familiale et action sociale », *AJ fam.*, 2012, p. 186.

BERRO-LEFEVRE (I.),

- « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, Droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p. 25.

BETANT-ROBERT (S.),

- « Les recours ouverts aux parents d'un enfant admis en qualité de pupille de l'Etat », *RDSS*, 1987, p. 495.

BETTIO (N.),

- « Le "Droit à l'enfant" nouveau droit de l'Homme ? », *RDP*, 2010, p. 473.

BICHWILLER (J.-P.),

- « La protection de l'enfance dans le cadre départemental : l'articulation entre protections administrative et judiciaire », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 83.

BIGOT (J.),

- « Les droits de l'enfant : la vision du Conseil de l'Europe », *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 21.

BIGOT (J.), SCHAUDER (C.),

- « Les danger de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 324.

BINET (J.-R.),

- « La loi relative à la bioéthique. Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 1^{re} partie », *Dr. famille*, 2004, étude n° 22.
- « La loi relative à la bioéthique. Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 2^e partie », *Dr. famille*, 2004, étude n° 26.
- « Protection de la personne – Le corps humain », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 16 à 16-13, fasc. 12, 2009.
- « Loi de bioéthique : acte II, scène I », *Dr. famille*, 2010, étude n° 27.
- « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. famille*, 2011, étude n° 21.

- « Le secret des origines », *JCP G.*, 2012, supplément au n° 47, p. 9.
- « Présentation générale de la loi relative à la bioéthique », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 16 à 16-14, fasc. 5, 2012.
- « Circulaire Taubira, Ne pas se plaindre des conséquences quand on hérite les causes », *JCP G.*, 2013, 161.

BIOY (X.),

- « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in TUSSEAU (G.), *Les notions juridiques*, Economica, Paris : 2009, p. 21.
- « L'usage du concept de "personne" en droit », *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2171.

BOINOT (P.),

- « Sectes religieuses et droit pénal », *RSC*, 1983, p. 414.

BONFILS (P.),

- « Présentation de la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance », *RJPF*, 2004-2/45.
- « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, 2008.
- « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », *AJ pén.*, 2014, p. 10.

BOSSE-PLATIERE (H.),

- « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP G.*, 1997, I, 4030.

BOULANGER (F.),

- « Fraude, simulation ou détournement d'institution de droit de la famille », *JCP G.*, 1993, I, 3665.

BOURRAT-GUEGUEN (A.),

- « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *Dr. famille*, 2010, étude n° 7.
- « Atteintes à l'enfant : la maltraitance à enfant », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 1848.
- « Violation des prérogatives familiales », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 1864.
- « Altération de l'institution familiale », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 1877.

BOUZEMBRAK (T.), SCHULZ (M.),

- « Changement de nom », *AJ fam.*, 2009, p. 204.

BOYSSON (B. de),

- « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 25.

BRETON (A.),

- « L'enfant incestueux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Volume I, Paris : Pédone, 1975, p. 309.

BREUGNOT (P.),

- « La place des parents dans la réforme de la protection de l'enfance », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al., *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 143.

BRIAND (L.),

- « Le juge peut-il fixer d'office certaines modalités d'exercice de l'autorité parentale ? », *AJ fam.*, 2010, p. 179.
- « Résidence alternée et conflit parental », *AJ fam.*, 2011, p. 570.
- « Appréciation par les juridictions de l'intérêt légitime à la modification du prénom », *AJ fam.*, 2012, p. 316.
- « L'audition du mineur devant le JAF : examen des arrêts d'appel », *AJ fam.*, 2014, p. 22.

BRISSON (J.-F.),

- « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in FAURE (B.), [ss. dir.], *Les objectifs dans le droit*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 29.

BRUGGEMAN (M.),

- « L'enfant et les tiers », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ?*, *Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 173.
- « Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation ! », *Dr. famille*, 2006, étude n° 28.
- « Les familles recomposées : le(s) tiers et l'enfant », *AJ fam.*, 2007, p. 294.
- « Procédure familiale, une coopération nouvelle entre les juges du mineur ? », *Dr. famille*, 2009, alerte n° 39.
- « L'audition de l'enfant en justice », *AJ fam.*, 2014, p. 12.
- « Le droit d'être entendu », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 107.

BRUGUIERE (J.-M.),

- « La dignité schizophrène ? », *D.*, 2005, p. 1169.

BRUNET (L.),

- « La gestation pour autrui entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques) », *RLDC*, 2010/72, n° 4020.
- « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS*, 2012, p. 828.

BRUNET (L.), SOSSON (J.),

- « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 31.

BRUNETTI-PONS (C.),

- « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC*, 2011/87, n° 4437.
- « Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements », *RLDC*, 2013/109, n° 5276.

BRUSORIO (M.),

- « L'intérêt légitime au changement de prénom », *Gaz. pal.*, 31 décembre 2005, n° 365, p. 2.

BUISSON (E.),

- « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'Homme », *D.*, 2012, p. 2618.

BURGORGUE-LARSEN (L.),

- « Article 24 » in DECAUX (E.), [ss. dir.], *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 2011, p. 516.

BYK (C.),

- « La bioéthique en Europe, un paysage éclaté », *JCP G.*, 1991, I, 3526.

CALDERON-BRUNEAU (D.),

- « La médiation familiale », *Dr. famille*, 2011, fiche pratique n° 1.

CAMBEFORT (J.-P.),

- « Le syndrome d’aliénation parentale : menace pour la cohésion familiale », in RUDE-ANTOINE (E.), PIEVIC (M.), [ss. dir.], *Ethique et famille*, Tome 1, Paris : L’Harmattan, 2011, p. 155.

CAP (S.), GALICHET (L.), MAISONNASE (F.), MOLIERE (A.), ET AL.,

- « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l’engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 89.

CAPPELLARI (A.),

- « L’anonymat, les juges et la loi », *RGDM*, 2013, n° 47, p. 29.

CARBONNIER (I.),

- « Autorité parentale – Exercice de l’autorité parentale », *J.-Cl. Civil Code*, Art 371 à 387, fasc. 10, 2013.

CARBONNIER (J.),

- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 99.

CASEY (J.),

- « L’enfant obsession des temps modernes », *Gaz. pal.*, 29 octobre 2013, n° 302, p. 3.

CASTAIGNEDE (J.),

- « L’effectivité de la protection pénale du mineur victime d’abus sexuels », in NERAC-CROISIER (R.), [ss. dir.], *Le mineur et le droit pénal*, Paris : L’Harmattan, 1997, p. 77.
- « Le ministère public et le mineur. Au-delà de la répression et de la prévention : la protection et la socialisation », in NERAC-CROISIER (R.), CASTAIGNEDE (J.), [ss. dir.], *La protection judiciaire du mineur en danger, Aspects de Droit Interne et de Droits Européens*, Paris : L’Harmattan, 2000, p. 77.

CASTELLA (C.),

- « L’échange d’informations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2013, p. 475.

CATHALA (C.), REDON (M.),

- « L’article 706-53 du code de procédure pénale et l’audition du mineur victime. Eléments de réflexion pour de nouvelles pratiques », *D.*, 2000, p. 534.

CERF-HOLLENDER (A.),

- « §5. Les sanctions pénales des agressions sexuelles au sein de la famille », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2012, p. 33.
- « §1. Les atteintes à l’intégrité physique et les limites au droit de correction à finalité éducative », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2012, p. 586.

CHAILLOU (P.),

- « Le juge des enfants est-il compétent pour statuer sur le droit de visite de grands-parents ou de tiers dans le cadre de la procédure d'assistance éducative ? », *AJ fam.*, 2007, p. 222.

CHAMPENOIS (G.),

- « L'adoption et la loi du 17 mai 2013. Quelques observations sur l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe », *Defrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 731.

CHATEL (M.-M.),

- « Le désir escamoté », in TESTART (J.), [ss. dir.], *Le magasin des enfants*, coll. Folio actuel, Paris : Gallimard, 1994, p. 96.

CHAUMONT (P.),

- « La réparation du préjudice de l'enfant né d'un viol », *Justice et Cassation*, 2011, p. 61.

CHAUVIÈRE (M.),

- « Les solidarités familiales comme espace de tensions entre droits et devoirs », *RDSS*, 2009, p. 53.

CHAZAL (J.),

- « La notion du danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Volume I, Paris : Pédone, 1975, p. 327.

CHENEDEB (R.),

- « La convention de mère porteuse. Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *Defrénois*, 2008, art. 38717, p. 291.

CHENEDE (F.),

- « Les effets de l'adoption simple sur le nom de l'adopté et sur l'autorité parentale », *AJ fam.*, 2008, p. 456.
- « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 27.

CHOMIENNE (C.), GUERY (C.),

- « Secret, révélation, abstention, ou les limites de la liberté de conscience du professionnel dans le nouveau code pénal », *D.*, 1995, p. 85.

CICILE-DELFOSSÉ (M.-C.),

- « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 189.
- « La dévolution du nom de famille », *J.-Cl. Civil Code*, Art 311-21 à 311-23, fasc. unique, 2013.
- « Plaidoyer pour le rétablissement du changement judiciaire du nom de famille », *Dr. famille*, 2014, étude n° 11.

CLAPIÉ (M.),

- « Le droit de mener une vie familiale normale à l'épreuve du temps », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 267.

COLOMBET (C.),

- « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *D.*, 1971, chron., p. 1.

COLONNA D'ISTRIA (F.),

- « Le concept de concept juridique », *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2243.

COMMAILLE (J.),

- « L'autorité parentale en question », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 221.
- « Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *AJ fam.*, 2006, p. 401.

COMMARET (D.),

- « Abandon de famille », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-3 à 227-4-1, fasc. 20, 2008.

COPE-BESSIS (I.), KARILA-DANZIGER (A.),

- « Changement de prénom : moments saisis, moments choisis », *AJ fam.*, 2009, p. 325.

CORNET (J.),

- « La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques », *AJ fam.*, 2005, p. 226.

CORPART-OULERICH (I.),

- « Le prénom : un choix pour la vie ? », *Petites Affiches*, 3 août 1992, n° 93, p. 15.
- « Le secret des origines », *RDSS*, 1994, p. 1.

CORPART (I.),

- « L'inceste en droit français », *Gaz. pal.*, 1995, I, p. 888.
- « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D.*, 2003, p. 2845.
- « La parole de l'enfant », *RRJ*, 2005-4, p. 1807.
- « Un nouveau cadrage de l'adoption. Loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption », *JCP G.*, 2005, act., 418.
- « Placements et droits de l'enfant », *AJ fam.*, 2007, p. 66.
- « Les familles recomposées décomposées », *AJ fam.*, 2007, p. 299.
- « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.*, 2009, p. 155.
- « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal (commentaire de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010) », *RJPF*, 2010-6/10.
- « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *AJ fam.*, 2010, p. 414.
- « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr. famille*, 2010, étude n° 28.
- « Simplification et amélioration de la qualité du droit : le droit des personnes entre toilette et modernisation », *RJPF*, 2011-7.8/10.
- « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF*, 2012-4/7.
- « Changement de prénom », *AJ fam.*, 2012, p. 311.
- « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ fam.*, 2013, p. 340.
- « La controverse délivrance des certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui », *RJPF*, 2013-3/34.
- « Le mariage pour tous et ses incidences sur le nom », *RJPF*, 2013-6/10.
- « Les familles recomposées en quête de repère », *RJPF*, 2013-9/6.

CORPART (I.), LOBE-FOUDA (M.),

- « L'histoire du droit des enfants. Une construction récente perfectible », in FRANÇOIS (E.), [ss. coord.], *Histoire du droit et de la Justice en France*, Issy-les-Moulineaux : Prat Editions, 2007, p. 373.

COURTIN (C.),

- « La religion de l'enfant en cas de séparation des parents », *AJ fam.*, 2010, p. 29.

COUSSIRAT-COUSTERE (V.),

- « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille.*, Paris : LGDJ, 1996, p. 45.

COUTURIER-BOURDINIÈRE (L.),

- « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits de l'enfant », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, volume I, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 523.

COUVRAT (P.),

- « Le droit pénal et la famille », *RSC*, 1969, p. 807.

CREBASSA (M.),

- « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et le juge des enfants », *AJ fam.*, 2009, p. 328.

CUTAJAR (C.),

- « La protection du mineur dans la loi du 4 mars 2002 », *AJ fam.*, 2002, p. 135.

DARSONVILLE (A.),

- « Viol », *Rép. pén. Dalloz*, 2011.
- « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 31.

DEBET (A.),

- « La Cour européenne des droits de l'homme, les homosexuels et l'adoption », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 9.

DEFFERRARD (F.),

- « La “suspicion légitime” contre les violences au sein des couples ou le nouveau “référé protection” », *Dr. pénal*, 2010, étude n° 27.

DEISS (A.),

- « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G.*, 1983, I, 3125.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),

- « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.*, 1992, chron., p. 136.
- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 281.
- « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *RJPF*, 2002-7/10.
- « Le lien parental », *Petites affiches*, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p. 70.
- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC*, 2009/58, n° 3338.
- « L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 35.
- « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC*, 2010/70, n° 3780.

- « Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes », *RLDC*, 2010/75, n° 3970.
- « Le droit français de la filiation et la Cour européenne des droits de l'homme : chronique d'une condamnation prévisible », *RLDC*, 2011/86, n° 4399.
- « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 41.

DELAISI DE PARSEVAL (G.),

- « Le désir d'enfant géré par la médecine et par la loi », in TESTART (J.), [ss. dir.], *Le magasin des enfants*, coll. Folio actuel, Paris : Gallimard, 1994, p. 368.

DELMAS-MARTY (M.),

- « A propos du secret professionnel », *D.*, 1982, chron., p. 267.

DELVOLE (P.),

- « La protection de l'enfant en droit public. Rapport français », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La protection de l'enfant (Journées Egyptiennes)*, Paris : Economica, 1981, p. 641.

DEMARCHI (J.-R.),

- « Une justice familiale en mutation (Bilan de l'évolution législative relative à l'audition de l'enfant », *Petites affiches*, 17 mars 2010, n° 54, p. 3.

DEPADT-SEBAG (V.),

- « Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, p. 891.
- « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur, un secret d'ordre public », *D.*, 2010, p. 330.
- « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *D.*, 2011, p. 2494.
- « La situation juridique de l'enfant au sein des nouvelles configurations familiales », *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 26.

DESCHAMPS (J.-P.),

- « Santé et protection de l'adolescent », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 71.

DESCOT (N.),

- « Les règles de droit civil non sanctionnées », *RRJ*, 2008-3, p. 1299.

DESLOGE (P.),

- « Vers un nouveau droit de l'assistance éducative », *AJ fam.*, 2002, p. 207.
- « Le juge des enfants en cas d'abus sexuels dans la sphère familiale », *AJ fam.*, 2007, p. 180.
- « La compétence du juge des enfants en matière de réglementation du droit de visite », *AJ fam.*, 2010, p. 530.

DESNOYER (C.),

- « La place de la vérité biologique dans la jurisprudence relative à l'article 8 de la CEDH en matière de filiation charnelle », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 55.

DETRAZ (S.),

- « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz pal.*, 2010, n° 63, p. 10.

DETRAZ (S.), SAENKO (L.),

- « L'article 222-22-2 du Code pénal, hypothèse d'emprunt de matérialité », *Dr. pénal*, 2014, étude n° 1.

DEVERS (A.),

- « Filiation, origines, parentalité. L'avis de l'avocat », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 4.

DEVILLAIRS (L.-A.),

- « Le nom de l'enfant : de nouvelles perspectives », *AJ fam.*, 2002, p. 256.

DIESSE (F.),

- « La situation juridique de l'enfant à naître : entre pile et face », *RRJ*, 2000-4, p. 1429.

DION-LOYE (S.),

- « Premières observations sur le nouveau droit de l'adoption (loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *Petites affiches*, 12 août 1996, n° 97, p. 5.

DIONISI-PEYRUSSE (A.),

- « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris : Dalloz, 2012, p. 157.

DONNIER (M.),

- « L'intérêt de l'enfant », *D.*, 1959, chron., p 178.

DOS REIS (E.), RUFFIEUX (G.), TEREL (J.), WILLEMS (G.),

- « La maternité de substitution », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 169.

DOUCET (M.),

- « Vers un nouveau statut parental ? », *AJ fam.*, 2012, p. 542.

DOUCHY-OUDOT (M.),

- « L'audition de l'enfant en justice », *Procédures*, 2009, étude n° 7.
- « L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 12.
- « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures*, 2010, étude n° 9.
- « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *RLDC*, 2010/72, n° 3852.
- « Audition du mineur en justice », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 127-2, 2010.

DOUCHY (M.),

- « L'arbre se juge à ses fruits... (Réflexions à partir d'une actualisation en droit de la famille et en droit des personnes) », *RRJ*, 2000-1, p. 25.

DOUMENG (V.),

- « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 55.

DOURIS (M.),

- « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010, tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux : une évolution symbolique en droit des mineurs », *RRJ*, 2011-1, p. 435.

DREIFUSS-NETTER (F.),

- « Le désir d'enfant face au droit pénal », *RSC*, 1986, p. 275.

- « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 99.
- « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, p. 1.
- « L'accouchement sous X et le droit de connaître ses origines », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 57.

DREYER (E.),

- « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005-1, p. 19.
- « La dignité opposée à la personne », *D.*, 2008, p. 2730.
- « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri ROBERT*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 247.
- « Autrui en matière pénale », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 431.

DROSS (W.),

- « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2229.

DURAND (E.),

- « La vie de l'enfant après la séparation des parents. Illustrations concrètes par un juge des enfants », *AJ fam.*, 2010, p. 18.
- « Violences conjugales et parentalité. Protéger la mère, c'est protéger l'enfant », *AJ fam.*, 2013, p. 276.
- « Brèves réflexions sur l'audition de l'enfant en assistance éducative », *AJ fam.*, 2014, p. 27.
- « Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 7.

EDEL (V.),

- « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *RRJ*, 2009-2, p. 579.

EDELMAN (B.),

- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, chron., p. 185.

EDOUARD (F.),

- « Entre le juridique et le besoin affectif, quelle place pour les parents ? », *RLDC*, 2011/87, n° 4443.

EGEA (V.),

- « L'impératif en droit de la famille », *RRJ*, 2004-2, p. 651.
- « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? » *RLDC*, 2011/88, n° 4476.
- « Le décret n° 2012-1312 du 27 novembre 2012 parachève l'organisation textuelle des "espaces de rencontre" », *Dr. famille*, 2013, alerte n° 13.

EISENMANN (C.),

- « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, n° 11, p. 25.

ELIACHEFF (C.), HUERRE (P.),

- « Le JAF et l'enfant », *AJ fam.*, 2009, p. 323.

EOCHE-DUVAL (C.),

- « Le droit d'un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnelle ? », *D.*, 2013, p. 786.

ESCHYLLE (J.-F.), HUYETTE (M.),

- « Autorité parentale – Assistance éducative – Champ d'application – Conditions », *J.-Cl. Civil Code*, Art 371 à 387, fasc. 20, 2008.
- « Autorité parentale – Assistance éducative – Modalités – Effets », *J.-Cl. Civil Code*, Art 371 à 387, fasc. 21, 2008.

ESCOURROU (J.-F.),

- « Des conséquences prévisibles de l'adoption homoparentale en droit positif », *Dr. famille*, 2014, étude n° 13.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.),

- « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 107.

EUDIER (F.),

- « Adoption », *Rép. civ. Dalloz*, 2008.
- « Réforme de l'admission en qualité de pupille de l'Etat », *AJ fam.*, 2013, p. 462.

EUDIER (F.), CHAMBONCEL-SALIGUE (P.),

- « Réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération (1^{ère} partie) », *RJPF*, 2007-11/11.
- « Réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération (2^{ème} partie) », *RJPF*, 2007-12/10.

EVERAET-DUMONT (D.),

- « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », *RDSS*, 2008, p. 538.
- « La contractualisation des prestations sociales : un nouveau rapport personne – famille – collectivité ? », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 89.

FALCONETTI (H.),

- « Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative », *D.*, 1963, chron., p. 45.

FASQUELLE (D.), BRUNETTI-PONS (C.),

- « Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence », *Dr. famille*, 2014, étude n° 5.

FAVIER (Y.),

- « Pupilles de l'Etat : une réforme en demi-teinte. A propos de la loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat », *RDSS*, 2013, p. 901.

FENOUILLET (D.),

- « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p 509.
- « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2005, p. 237.

- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Présentation », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 7.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, La parentalité en question : des fondements incertains », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 25.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Petites Affiches*, 24 mars 2010, n° 59, p. 7.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, La parentalité en question : l'effet probable d'entraînement », *Petites Affiches*, 24 mars 2010, n° 59, p. 18.

FERNAUD (L.),

- « L'intérêt de l'enfant, critère d'intervention des personnes publiques en matière de protection des mineurs », *RDSS*, 2011, p. 1136.

FEUILLET-LE MINTIER (B.),

- « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Paris : LGDJ, 1997, p. 69.

FORTIER (V.),

- « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991-3, p. 756.
- « Justice civile, religions et croyances », *RRJ*, 1998-3, p. 961.
- « L'excision : quelle réponse pénale ? », *Archives de politique criminelle*, 1999, n° 21, p. 41.
- « La circoncision rituelle : une atteinte à l'intégrité physique pour les juges de Cologne », *Rev. dr. et santé*, 2013, n° 51, p. 84.
- « “Nous aimons nos enfants... Mais puisque nous les aimons tant, comment se fait-il que nous ne sachions pas ce qui leur fait mal ?” Elie Wiesel », *Rev. dr. et santé*, 2014, n° 57, p. 942.

FOSSIER (T.),

- « L'accès au dossier et le rapport Deschamps », *JCP G.*, 2002, I, 101, n° 19 et 20.
- « L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés – Quarante mois d'application de la loi du 4 mars 2002 », *Dr. famille*, 2005, étude n° 15.
- « La mission élargie des départements en matière d'assistance éducative », *RDSS*, 2005, p. 49.
- « Les droits des parents en cas de placement éducatif », *AJ fam.*, 2007, p. 60.

FOURNIER (S.), FARGE (M.),

- « Nom et prénom de l'enfant », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 845.

FOYER (JE.), MAZEAUD (P.), PUIGELIER (C.),

- « La conscience du corps (Remarques sur les libertés et droits corporels) », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris : Economica, 2008, p. 384.

FRANCOZ-TERMINAL (L.),

- « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. famille*, 2009, étude n° 30.

FRANK (R.),

- « Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 111.

FREMAUX (S.),

- « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ*, 1998-3, p. 865.
- « Enfant et normalité », *RRJ*, 1999-1, p. 139.

FRESNEL (F.), MARIA (I.),

- « Majeurs protégés et autorité parentale », *Petites affiches*, 15 mai 2014, n° 97, p. 6.

FRICERO (N.),

- « A nouvelles familles, nouvelle justice », *AJ fam.*, 2008, p. 316.
- « Protection des victimes de violences au sein des couples : le cadre procédural », *RJPF*, 2010-11/11.
- « La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différends familiaux », *AJ fam.*, 2013, p. 540.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Critère des intérêts et secret professionnel », *Gaz. pal.*, 2005, I, p. 260.

FROSSARD (L.),

- « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 29.

FULCHIRON (H.),

- « Autorité parentale et famille recomposée », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 141.
- « L'autorité parentale rénovée (Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Defrénois*, 2002, art. 37580, p. 959.
- « Pourquoi légiférer sur l'autorité parentale ? », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 27.
- « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur "l'homoparentalité" », *AJ fam.*, 2006, p. 392.
- « Parenté, parentalité, homoparentalité. A propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 2006 », *D.*, 2006, p. 876.
- « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. pal.*, 8 décembre 2009, n° 342, p. 15.
- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. IX.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Statut des tiers et/ou statut des "familles homosexuelles ? », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 539, p. 17.
- « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP G.*, 2013, doct. 658.
- « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100.
- « Parenté, filiation, origines : un nouveau monde en gestation », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 7.
- « *Fraus omnia corrumpit* ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femme », *D.*, 2014, p. 1162.

FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.),

- « Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.*, 2013, p. 2349.
- « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Menesson* de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.*, 2014, p. 1773.

FURKEL (F.),

- « Le droit de l'enfant à connaître ses origines : variations comparatistes », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Paris : LGDJ, 1997, p. 55.

GABA (H. K.),

- « La défense des intérêts de l'enfant victime de maltraitance commise par ses représentants légaux », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 9.

GALLMEISTER (I.),

- « Le principe de coparentalité », *AJ fam.*, 2009, p. 148.

GANANCIA (D.),

- « La justice familiale dans l'air du temps », *Gaz. pal.*, 2001, I, p. 774.
- « Paysage de la médiation familiale en France », *Gaz. pal.*, 2001, I, p. 779.
- « L'audition de l'enfant et la médiation, Pour une nouvelle place de l'enfant dans le processus de médiation familiale », *AJ fam.*, 2009, p. 333.
- « Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles », *AJ fam.*, 2013, p. 264.

GARAPON (A.),

- « Droit judiciaire privé (le juge et la famille). Rapport français », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées Turques)*, Paris : Economica, 1990, p. 707.

GARDE-LEBRETON (S.),

- « La représentation de l'enfant victime », *Dr. famille*, 2006, étude n° 33.

GARE (T.),

- « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale sur les droits de l'enfant », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 181.
- « Réforme de la procédure d'assistance éducative : premières impressions », *RJPF*, 2002-5/32.

GAREIL-SUTTER (L.),

- « L'autorité parentale reste-t-elle un outil pertinent de la protection de l'enfant ? », *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 43.

GASNIER (F.),

- « Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint », *Petites affiches*, 20 juin 2011, n° 121, p. 4.

GATTO (C.),

- « L'enfant face aux violences conjugales », *AJ fam.*, 2013, p. 271.

GAUMONT-PRAT (H.),

- « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *Dr. famille*, 2001, chron n° 2.

- « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 555.

GEBLER (L.),

- « Le juge des enfants au quotidien », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 77.
- « L'enfant et ses juges, Approche transversale des procédures familiales », *AJ fam.*, 2007, p. 390.
- « Le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et les grands-parents : aspects procéduraires », *AJ fam.*, 2008, p. 144.
- « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », *AJ fam.*, 2009, p. 150.
- « Audition de l'enfant » (Interview), *AJ fam.*, 2009, p. 239.
- « Le nouveau bloc de compétences du juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 256.
- « Approche comparée des procédures familiales impliquant l'enfant mineur : juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge des tutelles », *AJ fam.*, 2009, p. 477.
- « Les points "rencontre" », *AJ fam.*, 2013, p. 171.

GEBLER (M.-L.),

- « Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.*, 1989, chron., p. 118.

GEFFROY (C.),

- « Minorité – Tutelle des pupilles de l'Etat », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 411, fasc. 20, 2009.

GERMAIN (D.),

- « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, 2011, p. 599.
- « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *RSC*, 2011, p. 817.

GHESTIN (J.),

- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 77.

GOBERT (M.),

- « La question du nom », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 79.

GOLSE (B.),

- « Résidence alternée, point de vue d'un pédopsychiatre », *AJ fam.*, 2012, p. 44.
- « La parole de l'enfant, Libres propos (iconoclastes ?) d'un pédopsychiatre », *AJ fam.*, 2014, p. 28.

GOMAR (M.),

- « Pourquoi du droit dans la famille ? », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ?, Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 7.

GONTHIER (F.), LAMARCHE (M.),

- « Faute en famille », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 177.

GOUTTENOIRE-CORNUT (A.),

- « Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », *AJ fam.*, 2002, p. 124.

- « La réforme imparfaite de la procédure d'assistance éducative », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 14.
- « La consécration de la coparentalité dans la loi du 4 mars 2002 », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 24.
- « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ fam.*, 2002, p. 244.
- « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », in SUDRE (F.), [ss. dir.], *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention Européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 287.

GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), MURAT (P.),

- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille*, 2003, chron. n° 1.

GOUTTENOIRE (A.),

- « Abandon de famille », *Rép. pén. Dalloz*, 2001.
- « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2002.
- « Le droit de l'enfant d'être protégé contre les mauvais traitements », *RTDH*, 2003, p. 1355.
- « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.*, 2003, p. 368.
- « La loi du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance ou la ‘politique des petits pas’ », *Dr. famille*, 2004, chron. n° 7.
- « Enfance », *Rép. pén. Dalloz*, 2004.
- « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. famille*, 2006, étude n° 29.
- « La loi n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, A la recherche de nouveaux équilibres », *D.*, 2007, p. 1090.
- « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », in LEMOULAND (J.-J.), LUBY (M.), [ss. dir.], *Le droit à une vie familiale*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 77.
- « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », *AJ fam.*, 2008, p. 138.
- « La prise en charge de l'enfant d'autrui », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 165.
- « Mineurs », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2010.
- « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.*, 2010, p. 12.
- « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 24.
- « La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ fam.*, 2010, p. 518.
- « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC*, 2011/87, n° 4439.
- « La victoire à la Pyrrhus des grands-parents biologiques... », *JCP G.*, 2011, act., 161.
- « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 17.
- « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 147.
- « Autorité parentale : définition, sources et nature », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 891.

- « Autorité parentale : attributs », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 897.
- « Autorité parentale : exercice », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 913.
- « Autorité parentale : limites », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 962.
- « Audition du mineur », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 969.
- « Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 5.

GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.),

- « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, 2012.

GOUTTENOIRE (A.), RADE (C.),

- « La responsabilité du fait du mineur placé », *AJ fam.*, 2007, p. 71.

GRANET-LAMBRECHTS (F.),

- « Actions relatives à la filiation – Recherche de maternité », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 325, 326 et 328, fasc. unique, 2009.
- « Etablissement de la filiation par la loi – Filiation maternelle », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 311-25, fasc. unique, 2010.
- « Le choix de donner la vie sans qu'une filiation soit établie », in JACQUES (P.), [ss. dir.], *Etre parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 27.
- « Etablissement de la filiation par la reconnaissance », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 316, fasc. unique, 2011.
- « Actions relatives à la filiation », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 668.
- « Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes : dispositions spéciales », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 713.
- « Etat civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui. Panorama du droit positif dans quelques Etats européens », *AJ. fam.*, 2014, p. 300.

GRANET (F.),

- « Secret des origines et promesse de filiation (Procréation médicalement assistée, filiation et connaissance des origines) », *Petites affiches*, 2 octobre 1999, n° 119, p. 5.

GREVOT (A.),

- « Mieux évaluer le danger encouru par l'enfant ou mieux évaluer ses besoins ? », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al., *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 123.

GRIDEL (J.-P.),

- « Est nécessairement contraire à l'ordre public la prétention de soustraire un enfant aux effets légaux de sa filiation établie (à propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 9 mars 1994) », *D.*, 1995, chron., p. 275.

GROSS (M.),

- « Dénouer la filiation de la procréation », in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et société*, coll. Doc' en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 113.

GUERY (C.),

- « Crimes et délits commis contre les mineurs par ascendant : quelle prescription ? », *D.*, 1997, chron., p. 318.
- « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.*, 1998, chron., p. 47.
- « La prescription des infractions contre les mineurs : un nouvel état des lieux », *D.*, 1999, chron., p. 38.
- « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *D.*, 2001, chron., p. 3293.
- « Kafka II ou 'pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ? », *D.*, 2004, chron., p. 3015.
- « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pén.*, 2010, p. 126.

GUINCHARD (S.),

- « L'accès des mineurs au droit ou l'illustration d'une démocratie qui se cherche », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris : Economica, 2008, p. 517.

HAOULIA (N.),

- « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *Petites Affiches*, 11 octobre 2013, n° 204, p. 7.

HAUSER (J.),

- « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 235.
- « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.*, 1996, chron., p. 182.
- « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Paris : LGDJ, 1997, p. 13.
- « L'utilitarisme en droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 441.
- « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale ? », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 67.
- « Filiation – Identification génétique – Procréation médicalement assistée », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 311-19 et 311-20, fasc. unique, 2005.
- « Le droit à une vie familiale : quelles conséquences quant à la conception de la famille ? », in LEMOULAND (J.-J.), LUBY (M.), [ss. dir.], *Le droit à une vie familiale*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2007, p. 87.
- « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », in MUZNY (P.) [ss. dir.], *La liberté de la personne sur son corps*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 85.
- « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in JACQUES (P.), [ss. dir.], *Etre parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 9.

- « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse », *RLDC*, 2011/87, n° 4444.
- « Détournements, abus ou fraudes ? », *Droit et patrimoine*, 2011, n° 209, p. 36.
- « Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question ? », *JCP G.*, 2012, act. 1185.
- « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G.*, 2012, doct. 1185.
- « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination », *JCP N.*, 2012, act. 971.
- « Les grands-parents, subsidiaires, autonomes ou indépendants ? », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 3.
- « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 322.

HAYAT (J.-M.), FRICERO (N.),

- « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF*, 2009-10/10.

HENRI (A.-N.),

- « Les destins liés de la figure du "psy" et de l'appareil de l'enfance inadaptée », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, 2004, n° 6, p. 219.

HERZOG-EVANS (M.),

- « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ fam.*, 2005, p. 212.
- « Violence dite "domestique" : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement », *AJ pén.*, 2014, p. 217.

HILGER (G.),

- « L'office du juge et le prénom », *Petites Affiches*, 13 juin 2013, n° 118, p. 5.

HILT (P.),

- « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ. fam.*, 2004, p. 384.
- « Présentation de la réforme de l'adoption », *AJ fam.*, 2005, p. 340.

HIRSOUX (J.-P.),

- « Changement de nom », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 61 à 61-4, fasc. unique, 2012.

HUET-WEILLER (D.),

- « La déclaration d'abandon de l'article 350 alinéa trois du Code civil », *JCP G.*, 1969, I, 2259.

HUYETTE (M.),

- « Les sectes et la protection judiciaire des mineurs », *D.*, 1996, chron., p. 271.
- « Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 1998, chron., p. 218.
- « Le contradictoire et la procédure d'assistance éducative. Quelle réforme du nouveau Code de procédure civile ? », *D.*, 2001, p. 1803.
- « La nouvelle procédure d'assistance éducative. Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 », *D.*, 2002, p. 1433.
- « Le décret du 15 mars 2002 et l'exigence de procès équitable », *AJ fam.*, 2002, p. 215.

- « L'autorité parentale face aux mesures d'assistance éducative », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 165.
- « Le placement de l'enfant en assistance éducative », *AJ fam.*, 2007, p. 54.
- « Les sectes et l'enfermement des mineurs », *D.*, 2007, chron., p. 682.

JEAMMAUD (A.),

- « Contrainte », in ALLAND (D.), RIALS (S.) [ss. dir.], *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Paris : Lamy-PUF, 2003.

JEAN-PAUL II,

- *Lettre aux familles*, 1994, n° 9, disponible sur www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/letters/1994/documents/hf_jp-ii_let_02021994_families_fr.html, consulté le 18 janvier 2013.

JUSTON (M.),

- « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. pal.*, 12 août 2006, n° 224, p. 2.
- « Justice et médiation familiale », *Gaz. pal.*, 28 octobre 2008, n° 302, p. 8.
- « L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant », *Dr. famille*, 2008, étude n° 10.
- « Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ? », *AJ fam.*, 2009, p. 320.
- « L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ? », *Dr. famille*, 2010, étude n° 2.
- « De la coparentalité à la déparentalité. De la résidence alternée à l'aliénation parentale », *AJ fam.*, 2011, p. 579.
- « Le syndrome de l'aliénation parentale. Eléments de réflexion d'un juge aux affaires familiales », *Gaz. pal.*, 18 août 2011, n° 230, p. 7.
- « Les liens entre la justice et le dispositif espace rencontre : qu'attend le juge aux affaires familiales quand il désigne un espace de rencontre ? », *Dr. famille*, 2012, étude n° 19.
- « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant-roi, enfant proie », *Gaz. pal.*, 16 mars 2013, n° 75, p. 11.
- « Rapport "Médiation familiale et contrat de coparentalité". – Dans l'intérêt de l'enfant, la coparentalité soutenue par la médiation familiale », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 8.
- « Violences conjugales et affaires familiales », *AJ fam.*, 2014, p. 489.

JUSTON (M.), TEIXEIRA (E.),

- « La co-audition de l'enfant dans les séparations familiales : une réponse adaptée à la protection de l'enfant », *Dr. famille*, 2011, étude n° 16.

KAHN (A.),

- « La loi bioéthique, l'anonymat du don de gamètes et la recherche sur embryon » (entretien), *D.*, 2011, p. 2192.

KESSLER (G.),

- « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. famille*, 2005, étude n° 16.
- « Homoparenté et homoparentalité. Les différents modes de constitution de la famille homosexuelle », *RLDC*, 2008/50, n° 3028.

KIMMEL-ALCOVER (A.),

- « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS*, 2013, p. 132.

- « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la séparation », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 43.

KOERING-JOULIN (R.),

- « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 389.

LA MESTA (M.), LEBORGNE (J.), BARBE (E.),

- « Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, Présentation du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 », *AJ fam.*, 2009, p. 216.

LABBEE (X.),

- « La solidarité familiale à l'épreuve de la rupture », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 73.
- « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation (à propos des arrêts du 6 avril 2011) » (entretien), *D.*, 2011, p. 1064.
- « Respect et protection du corps humain – L'enfant “in utero” personne par destination ? », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 16 à 16-14, fasc. 54, 2012.
- « Etre parent à titre précaire », *D.*, 2014, p. 1669.

LABRUSSE-RIOU (C.),

- « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in SERIAUX (A.), [ss. dir.], *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 81.

LACROIX (X.),

- « Un droit à l'enfant ? », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 125.

LAFORE (R.),

- « Les montages institutionnels de la protection de l'enfance : entre justice et administration », *RDSS*, 2007, p. 15.
- « Répartition des compétences entre justice et administration : une subsidiarité affirmée », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al., *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 93.
- « Droit et pauvreté : les métamorphoses du système assistanciel français », *RDSS*, 2008, p. 111.
- « Travail social et secret professionnel », *RDSS*, 2010, p. 938.
- « Les responsabilités familiales en question », *RDSS*, 2013, p. 1025.

LAMARCHE (M.),

- « Substitution des grands-parents aux parents », *AJ fam.*, 2008, p. 141.
- « De la loi du 6 fructidor An II à la certification ISO 9001 des procédures de changement de nom... dans l'intérêt supérieur de l'enfant », *Dr. famille*, 2009, alerte 19.

LAMBERT (S.),

- « Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'Etat prend le relais de l'autorité parentale », *Dr. famille*, 2007, étude n° 25.

LAMBERT-GARREL (L.),

- « Respect du corps humain, 2.1 Procréation pour autrui et principe d'indisponibilité du corps humain », in VIALLA (F.), [ss. dir.], et REYNIER (M.), MARTINENT (E.), [ss. coord.], *Les grandes décisions du droit médical*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014, p. 69.

LAMBOLEY (A.),

- « L'enfant à tout prix, le permis et l'interdit », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 313.

LAPEROU-SCHENEIDER (B.), PHILIPPE (C.),

- « Parents, enfants et maltraitance », *AJ fam.*, 2013, p. 570.

LARGUIER (J.),

- « Rigueur pénale et protection de l'enfance (A propos de la loi du 13 avril 1954, relative à la répression des crimes et délits commis contre les enfants), *D.*, 1955, chron., p. 43.

LAROCHE-GISSEROT (F.),

- « Choix du prénom », *AJ fam.*, 2012, p. 307.
- « Nom-Prénom », *Rép. civ. Dalloz*, 2014.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.),

- « La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale », in DEKEUWER-DEFOSSÉZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 139.
- « Autorité parentale », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2005.
- « Quand le décret du 10 avril 2009 organise la circulation de l'information entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles », *Dr. famille*, 2009, repère n° 5.
- « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. famille*, 2009, étude n° 29.
- « La résistance tranquille des juges du fond », *Dr. famille*, 2011, repère n° 11.
- « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (A propos de la médiation obligatoire et la convention de procédure participative) », *Dr. famille*, 2012, étude n° 12.

LASBATS (M.),

- « Résidence alternée et besoins de l'enfant : l'opinion des psychologues », *AJ fam.*, 2005, p. 140.
- « Le maintien des liens avec les parents », *AJ fam.*, 2007, p. 72.
- « Protection de l'enfant dans les séparations conflictuelles », *AJ fam.*, 2009, p. 167.
- « Les violences conjugales : aspects psychologiques », *AJ pén.*, 2011, p. 182.

LAUNOY (G.),

- « Prénom », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 55 à 57, fasc. 20, 2013.

LAVROFF (D. G.)

- « Réflexions sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 281.

LE BOURSICOT (M.-C.),

- « Consécration du droit à la connaissance des origines », *RJPF*, 2002-3/11.
- « Du secret absolu au secret relatif », *AJ fam.*, 2003, p. 86.
- « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF*, 2009-4/10.

- « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC*, 2010/69, n° 3747.
- « Le droit de connaître son ascendance – celui de la faire reconnaître – et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 175.
- « De l'homoparentalité à l'«homofiliation». Réflexions à propos de l'arrêt de la CEDH du 19 février 2013 et ses possibles répercussions en droit interne », *RJPF*, 2013-4/7.
- « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, 2013-7.8/26.

LE GAC-PECH (S.),

- « Halte aux bouleversements du droit de la famille », *RJPF*, 2012-11/59.

LE GRIEL (B.),

- « L'absence de protection pénale de l'enfant conçu : essai d'explication. Pour un droit qui unit dans la diversité », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 711.

LEBLANC (J.-P.),

- « La prise en charge des «mineurs de justice». Espace d'incertitudes et de conflits... idéologiques » in *NERAC-CROISIER (R.), CASTAIGNEDE (J.), [ss. dir.], La protection judiciaire du mineur en danger, Aspects de Droit Interne et de Droits Européens*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 169.

LEBORGNE (A.),

- « Le rapport «Médiation familiale et contrat de coparentalité» et après... », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 9.

LEBRETON (G.),

- « L'identité humaine dans le projet de loi Bioéthique », in *TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.], Réflexion sur la loi bioéthique*, Paris : Mare & Martin, 2012, p. 45.

LECLERQ (V.),

- « La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. famille*, 2004, étude n° 23.

LEMOULAND (J.-J.),

- « Le tourisme procréatif », *Petites affiches*, 28 mars 2001, n° 62, p. 24.
- « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005.
- « Une question de pouvoirs », in *FULCHIRON (H.), [ss. dir.], Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 177.

LEMOULAND (J.-J.), MURAT (P.),

- « Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », *Droit et patrimoine*, 2011, n° 209, p. 52.

LEPAGE (A.),

- « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G.*, 2010, doct., 335.

LEQUETTE (Y.),

- « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Liber amicorum*, Paris : Defrénois, 2012, p. 523.

LEROYER (A.-M.),

- « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD civ.*, 1998, p. 587.

- « Autorité parentale et contrat », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), [ss. dir.], *La contractualisation de la famille*, Paris : Economica, 2001, p. 153.
- « L'éducation des petits-enfants par les grands-parents », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 37.
- « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, 2013, p. 1697.

LETURMY (L.),

- « La maltraitance en droit pénal », *RDSS*, 2006, p. 981.

LETURMY (L.), MASSE (M.),

- « Inceste : incriminer le tabou », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 85.

LEVENEUR (L.),

- « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant ? », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 43.
- « Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 181.

LEVINET (M.),

- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit d'«avoir un enfant» ? Observations sur la jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 133.

LHULLIER (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.

LICHABER (R.),

- « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.*, 2012, p. 2044.

LIGNEAU (P.),

- « La réforme de l'aide sociale dans la loi du 6 janvier 1986 », *RDSS*, 1986, p. 467.

LOBE-FOUDA (M.),

- « L'existence d'un lien de parenté entre l'auteur et la victime d'une infraction », *RRJ*, 2009-3, p. 1301.

LOPEZ (G.),

- « Analyse éthique du syndrome d'aliénation parentale (SAP) ou aliénation parentale (AP) », *AJ fam.*, 2013, p. 283.

MACORIG-VENIER (F.),

- « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance ? », *RDSS*, 1993, p. 73.

MAIZY (M.-B.), CHOPIN (M.),

- « La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ? », *AJ fam.*, 2010, p. 514.

MALAUURIE (P.),

- « Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork », *JCP G.*, 2009, act. 167.
- « Les nouveaux visages de la famille », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 261.

MALLET-BRICOUT (B.),

- « Réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP G.*, 2002, I, 119.
- « Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *D.*, 2007, p. 1177.

MARCHAL (C.), MICALLEF-NAPOLY (L.),

- « La place de l'enfant dans les procédures familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 472.

MARGUENAUD (J.-P.),

- « Aperçu comparatif : les droits de l'homme », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), [ss. dir.], *La contractualisation de la famille*, Paris : Economica, 2001, p. 231.
- « L'évolution des droits des grands-parents sous l'influence de la CEDH et de la CIDE », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 153.

MARIE (C.),

- « Le nom de l'enfant », *AJ fam.*, 2009, p. 199.
- « Actes de l'état civil – Changement de prénom », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 60, fasc. unique, 2012.

MARIENBURG-WACHSMAN (A.),

- « Protection de la personne de l'enfant contre ses parents », *AJ fam.*, 2007, p. 81.

MARZANO (M.),

- « Dignité et violence : les paradoxes de la sexualité », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 23.

MASSIP (J.),

- « La protection de l'enfant en droit de la famille. Rapport français », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La protection de l'enfant (Journées Egyptiennes)*, Paris : Economica, 1981, p. 101.
- « Les nouvelles règles de l'adoption (loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *Petites affiches*, 14 mars 1997, n° 32, p. 4.
- « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Defrénois*, 2002, art. 37563, p. 795.
- « La modification de la loi sur le nom de famille ou l'histoire d'une occasion manquée », *Defrénois*, 2003, art. 37815, p. 1221.
- « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois*, 2006, art. 38303, p. 6.
- « Le nouveau droit de la filiation (suite) », *Defrénois*, 2006, art. 38312, p. 91.
- « Le nouveau droit de la filiation (suite et fin) », *Defrénois*, 2006, art. 38324, p. 209.
- « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application), *Dr. famille*, 2010, étude n° 22.
- « La protection des victimes de violences au sein des couples », *Petites affiches*, 8 novembre 2010, n° 222, p. 10.
- « Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille », *Defrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 737.

MATHERON (S.),

- « De nouveaux droits pour les enfants. L'avis de l'avocat », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 12.

MATHIEU (B.),

- « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron., p. 211.
- « La dignité de la personne humaine, quel droit, quel titulaire ? », *D.*, 1996, chron., p. 282.
- « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.*, 2005, p. 1649.
- « Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l'IVG », *JCP G.*, 2014, act. 917.

MATHIEU (G.),

- « La place du donneur d'engendrement », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 135.

MATOCQ (O.), DUPRE (T.),

- « La parole de l'enfant en justice après la convention de New York », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 309.

MAUJER-VIELPAU (L.),

- « Mesure de protection des victimes de violences – Ordonnance de protection », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 515-9 à 515-13, 2011.

MAUREL (O.),

- « Les conséquences des châtiments corporels infligés dans le cadre de l'éducation », *AJ fam.*, 2005, p. 224.

MAYER (D.),

- « La protection de l'enfant en droit pénal. Rapport français », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La protection de l'enfant (Journées Égyptiennes)*, Paris : Economica, 1981, p. 273.
- « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.*, 1988, chron., p. 213.

MECARY (C.)

- « Homoparentalité : protection de l'enfant », *AJ fam.*, 2006, p. 398.
- « Délégation partage de l'autorité parentale de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.*, 2011, p. 604.

MELIN-SOUCRAMANIEN (B.),

- « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 373.

MELIS-MAAS (S.),

- « Une réforme attendue : la protection de l'enfance en danger », *JCP G.*, 2006, I, 200.

MEMETEAU (G.),

- « La loi nuptiale du 17 mai 2013 et le droit du corps », *RRJ*, 2013-4, p. 1523.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.),

- « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD civ.*, 1988, p. 645.
- « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Droit et société*, 1993, n° 23/24, p. 163.

MEYZAUD-GARAUD (M.-C.),

- « L'adoption d'un enfant né sous X : quelle place pour les grands-parents ? », *RLDC*, 2010/72, n° 4004.

MEZARD (A.),

- « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *AJ fam.*, 2003, p. 410.

MILLARD (E.),

- « Le concept : outil de communication ? », *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2179.

MILLET (F.),

- « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defrénois*, 2005, art. 38153, p. 743.

MIRABAIL (S.),

- « Abandon de famille : simplification ou déstructuration ? », *D.*, 2010, p. 397.

MIRKOVIC (A.),

- « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. famille*, 2008, étude n° 15.
- « Statut du "beau-parent" : vivement le retrait d'un texte inutile et dangereux », *Dr. famille*, 2009, étude n° 28.
- « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *RLDC*, 2010/72, n° 4019.
- « Première lecture du projet de loi bioéthique : l'intérêt de l'enfant sacrifié à l'impatience des adultes ? », *D.*, 2011, p. 892.
- « L'intérêt de l'enfant au service des revendications des personnes de même sexe. Point de vue critique », *AJ fam.*, 2011, p. 605.
- « Le don de gamètes, entre espoirs et impasses », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 2.
- « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 5.
- « La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 6.
- « Autorité parentale et intérêt de l'enfant : adoption d'une proposition de loi à l'Assemblée nationale », *D.*, 2014, p. 1450.

MONACHON-DUCHENE (N.),

- « Obligation alimentaire devant le juge pénal... et l'abandon de famille devant le juge aux affaires familiales », *JCP G.*, 2006, I, 165.

MONEGER (F.)

- « Du rapport Deschamps au décret du 15 mars 2002 », *AJ fam.*, 2002, p. 202.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Les couples homosexuels », *Petites Affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 15.

MONTAS (A.), ROUSSEL (G.),

- « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, 2010, n° 32, p. 289.

MORACCHINI-ZEINDENGERG (S.),

- « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. famille*, 2010, étude n° 7.

MOREL (A.),

- « L'enfant victime : la voix de l'enfant dans la procédure pénale », *AJ pén.*, 2014, p. 20.

MORICE (A.-M.),

- « Droit des mineurs et autorité parentale : difficultés pratiques », *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 57.

MOUREAU (F.),

- « La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ? », *AJ fam.*, 2011, p. 576.

MULON (E.),

- « La résidence alternée », *Gaz. pal.*, 17 mars 2012, n° 77, p. 7.
- « L'article 371-4 du Code civil : un dispositif utile mais insuffisant en cas de séparation d'un couple homosexuel », *Gaz. pal.*, 16 septembre 2014, n° 259, p. 5.

MULON (E.), CASEY (J.),

- « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. pal.*, 11 novembre 2010, n° 315, p. 6.

MURAT (P.),

- « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), [ss. dir.], *La contractualisation de la famille*, Paris : Economica, 2001, p. 133.
- « La question de la filiation », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 67.
- « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Dr. famille*, 2006, étude n° 31.
- « Individualisme, libéralisme, légistique », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 237.
- « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 17.
- « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in JACQUES (P.), [ss. dir.], *Etre parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.
- « Les grands-parents et la filiation de leurs petits-enfants ? », in BOURASSIN (M.), COUTANT-LAPALUS (C.), [ss. dir.], *Les droits des grands-parents. Une autre dépendance ?*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 17.
- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 405.
- « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 259.
- « L'ouverture de l'adoption aux couples de mêmes sexes... ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 24.

MUZNY (P.),

- « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 427.

NASTORG (L.),

- « L'administrateur *ad hoc* et la parole de l'enfant dans la procédure pénale : pratique d'un administrateur *ad hoc* », *AJ pénal*, 2014, p. 16.

NEFUSSY-VENTA (N.),

- « Convictions religieuses et ruptures familiales », *AJ fam.*, 2011, p. 39.

NEIRINCK (C.),

- « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP G.*, 1991, I, 3496.
- « Le statut de l'enfant dans la loi du 8 janvier 1993 : propos critiques », *Petites Affiches*, 5 octobre 1994, n° 119, p. 15.
- « L'enfant et la procédure civile », *Petites Affiches*, 3 mai 1995, n° 53, p. 76.
- « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G.*, 1996, I, 3922.
- « Le droit pour l'enfant de connaître ses origines », in SERIAUX (A.), [ss. dir.], *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 29.
- « Le dispositif légal de protection de l'enfant maltraité : réflexions autour de la loi du 10 juillet 1989 », *Petites Affiches*, 7 mars 1997, n° 29, p. 8.
- « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP G.*, 1997, I, 4067.
- « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *Petites Affiches*, 13 août 1999, n° 161, p. 3.
- « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G.*, 2000, I, 228.
- « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 353.
- « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS*, 2002, p. 189.
- « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF*, 2003-3/12.
- « L'enfant que l'on ne peut concevoir », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ?*, *Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 39.
- « L'accouchement sous X », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ?*, *Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 85.
- « Conclusions », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ?*, *Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 193.
- « L'adoptabilité de l'enfant né sous X », *RDSS*, 2005, p. 1018.
- « Autorité parentale – Retrait », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2005.
- « La maternité », *Dr. famille*, 2006, étude n° 2.
- « L'enfant être vulnérable », *RDSS*, 2007, p. 5.
- « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, 2008.
- « Les services sociaux face à la médiatisation du droit visite », *RDSS*, 2009, p. 941.
- « Une famille homosexuelle ? », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 143.
- « Adoption – Généralités », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 343 à 370-2, fasc. 10, 2009.
- « Pauvreté et enfant délaissé ou désinvesti par ses parents », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 131.
- « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? », *RDSS*, 2010, p. 735.
- « Autorité parentale – Délégation », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 30, 2010.
- « Autorité parentale – Retrait », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 371 à 387, fasc. 40, 2010.
- « La pauvreté des enfants n'est pas une fatalité », *Dr. famille*, 2011, repère n° 1.
- « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille », *Dr. famille*, 2011, repère n° 10.

- « Du désintérêt manifeste au délaissement », *Dr. famille*, 2012, repère n° 4.
- « L'ambiguïté des visites médiatisées. Le point de vue de l'universitaire », *Dr. famille*, 2012, étude n° 18.
- « Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 443.
- « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil », *Dr. famille*, 2012, repère n° 6.
- « Le décret du 15 octobre 2012 relatif aux espaces de rencontre », *Dr. famille*, 2012, étude n° 20.
- « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 2.
- « La qualification de donneur dans l'assistance médicale à la procréation », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 273.
- « A propos de l'intérêt de l'enfant », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 25.
- « Le droit à une vie familiale de remplacement », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 91.
- « La filiation, une question juridique », in NEIRINCK (C.), GROSS (M.), *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et société*, coll. Doc⁷ en poche, place au débat, Paris : Doc. fr., 2014, p. 15.
- « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie ? », *Dr. famille*, 2014, repère n° 3.
- « Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français », *Dr. famille*, 2014, repère n° 5.
- « Epouses, fraude et adoption plénière », *Dr. famille*, 2014, repère n° 7.

NERAC-CROISIER (R.),

- « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », in NERAC-CROISIER (R.), [ss. dir.], *Le mineur et le droit pénal*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 13.
- « Droit pénal et mineur victime : indifférence ou protectionnisme ? », in NERAC-CROISIER (R.), CASTAGNEDE (J.), [ss. dir.], *La protection judiciaire du mineur en danger, Aspects de Droit Interne et de Droits Européens*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 15.

NERON (S.),

- « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G.*, 2011, doct. 1003.

NERSON (R.),

- « Prénoms : du choix des prénoms par les parents de l'enfant », *RTD. civ.*, 1966, p. 522.

NERSON (R.), RUBELLIN-DEVICHI (J.),

- « La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du Code civil », *RTD civ.*, 1980, p. 100.
- « La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du Code civil », *RTD civ.*, 1984, p. 297.

NICOLAS-MAGUIN (M.-F.),

- « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.*, 1995, chron., p. 75.

NICOLAU (G.),

- « L'autorité parentale à l'épreuve », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 141.

NISAND (I.),

- « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », in MUZNY (P.) [ss. dir.], *La liberté de la personne sur son corps*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 77.

NORMAND (J.),

- « Droit judiciaire de la famille et contrat », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), [ss. dir.], *La contractualisation de la famille*, Paris : Economica, 2001, p. 211.

PARCHEMINAL (H.),

- « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant (Loi n° 93-22 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales) », *RDSS*, 1994, p. 201.

PARICARD-PIOUX (S.),

- « Refuser d'être parent », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ?*, *Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 57.

PARICARD (S.),

- « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 8.
- « Le syndrome d'aliénation parentale, catalyseur d'un conflit des droits de l'enfant », in NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2014, p. 71.

PATUREAU (Y.),

- « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », *D.*, 1978, chron., p. 167.

PEDRON (P.),

- « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-17, fasc. 20, 2008.

PELTIER (V.),

- « Révélation d'une information à caractère secret – Justification de la révélation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 226-13 et 226-14, fasc. 30, 2005.

PERES (C.),

- « L'article 6-1 du Code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », *D.*, 2013, p. 1370.

PERMINGEAT (J.-M.),

- « Les compétences concurrentes du juge des enfants et du juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2013, p. 280.

PETIT (C.),

- « Difficultés d'application de la législation relative au nom de famille ? », *RLDC*, 2011/85, n° 4351.

PEYRON BONJAN (C.),

- « Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ*, 2012-5, cahiers de méthodologie juridique, p. 2237.

PHILIPPOT (A.),

- « Le jeu des grands-parents sur la scène du droit extrapatrimonial de la famille », *RRJ*, 2013-4, p. 1709.

PICHARD (M.),

- « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 181.
- « L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode(s) », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 7.
- « L'enfant : à propos d'une polysémie », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Paris : Dalloz, 2011, p. 469.
- « La place de qui participe au projet parental d'autrui : à propos de quelques contraintes », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 285.

PICOT (M.),

- « La participation de l'enfant victime au procès pénal », *AJ fam.*, 2003, p. 373.
- « L'avocat de l'enfant », *Dr. famille*, 2006, étude n° 37.

PIERRE (M.),

- « Qu'est-ce que la famille », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 21.
- « L'exercice de l'autorité parentale », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2003, p. 127.

PIERRON (J.-P.),

- « Procréation, filiation et civilisation technologique », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 13.

PIMPETERRE (M.),

- « La TPSE : un outil au service de la protection de l'enfant et de sa famille », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al., *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 151.

PITTI (G.),

- « L'ordonnance de protection instituée par la loi du 9 juillet 2010, le juge aux affaires familiales, "juge de paix familiale" », *Gaz. pal.*, 9 août 2010, n° 231, p. 8.

PLANQUE (J.-M.),

- « Infractions incestueuses : Objets pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. pal.*, 19 avril 2012, n° 110, p. 13.

POISSON-DROCOURT (E.),

- « Une loi nouvelle sur l'adoption », *D.*, 2005, p. 2028.
- « L'accouchement sous X », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris : Economica, 2008, p. 811.

POMART-NOMDEDEO (C.),

- « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. famille*, 2010, étude n° 20.
- « Volte-face législative, ou chronique de la mort annoncée du principe de survie du couple parental au-delà du couple conjugal », *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n° 108, p. 8.

- « Légiférer autrement en droit des personnes et de la famille ? Le législateur français à la croisée des chemins », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez, Liber amicorum*, Paris : Montchrestien, 2012, p. 319.

PORCHY (M.-P.),

- « L'administrateur *ad hoc* en matière pénale », *D.*, 2004, chron., p. 2732.

POUMAREDE (J.),

- « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », *Petites Affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

POUSSON-PETIT (J.),

- « Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : l'adoption facilitée », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les filiations par greffe, Adoption et procréation médicalement assistée*, Paris : LGDJ, 1997, p. 117.

PROTHAIS (A.),

- « Adoption et assistance médicale à la procréation : quelle pénalisation ? », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Paris : LGDJ, 1997, p. 33.

PUECH (L.),

- « Secret professionnel : partage d'informations et responsabilité professionnelle », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et *al.*, *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 113.

PUIGELIER (C.),

- « La levée de l'anonymat du don de sperme », in TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.], *Réflexion sur la loi bioéthique*, Paris : Mare & Martin, 2012, p. 23.

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.
- « Secret professionnel », *Rép. pén. Dalloz*, 2003.
- « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ pén.*, 2004, p. 133.
- « Le secret professionnel et le signalement de la maltraitance sexuelle. L'option de conscience : un choix éthique », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 71.

QUINTANE (G.),

- « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in TUSSEAU (G.), *Les notions juridiques*, Economica, Paris : 2009, p. 5.

RADE (C.),

- « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 81.

RAOUL-CORMEIL (G.),

- « §2. La religion et les relations de famille », in BATTEUR (A.), [ss. dir.], *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris : LGDJ, 2012, p. 187.
- « Le ministère public et les filiations, à l'ombre et à la lumière du droit », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 1217.
- « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 », *Gaz. pal.*, 24 août 2013, n° 236, p. 9.

RASSAT (M.-L.),

- « Inceste et droit pénal », *JCP G.*, 1974, I, 2614.
- « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-25 à 227-27, fasc. 20, 2008.

RAULT (F.),

- « Le rôle de l'avocat dans le placement de l'enfant », *AJ fam.*, 2007, p. 76.

RAYMOND (G.),

- « Assistance éducative », *Rép. civ. Dalloz*, 2010.

RAYNARD (J.),

- « A propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : Litec, 1998, p. 131.

RAYNAUD (P.),

- « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.*, 1988, chron., p. 109.

REBOURG (M.),

- « La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ fam.*, 2007, p. 290.
- « Familles recomposées et liens interpersonnels », *JCP N.*, 2013, n° 19, 1127.
- « Vocation alimentaire », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 1131.
- « Régime juridique de l'obligation alimentaire », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 1146.

REBUT (D.),

- « L'unique nature de l'abandon de famille », *Dr. famille*, 1999, chron. n° 1.

RENCHON (J.-L.),

- « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 209.
- « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 29.

RENOUX (M.-C.),

- « La pauvreté une réalité vécue », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 3.

RENUCCI (J.-F.),

- « L'efficacité de l'audition des parents et du mineur dans la procédure d'assistance éducative », *D.*, 1987, chron., p. 19.
- « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79.

REVEL (J.),

- « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D.*, 2006, p. 1707.

RIALS (S.),

- « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN (C.), VANDER LEST (R.), [ss. dir.], *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 39.

RIEUBERNET (C.),

- « Les limites de la solidarité familiale », in NEIRINCK (C.), [ss. dir.], *Droits de l'enfant et pauvreté*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 55.

RIHAL (H.),

- « Du nouveau sur l'accueil et la protection de l'enfance. Commentaire de la loi 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance », *RDSS*, 2004, p. 433.

RINGOT (A.),

- « Médiatrice familiale au sein de la Commission "Médiation familiale et contrat de coparentalité" : ouvrir l'espace de médiation familiale au législateur », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 10.

RIVIER (M.-C.),

- « Question de noms : famille, patronyme, usage, naissance, mariage, et jeune fille », *D.*, 2002, p. 1915.

ROBERT (P.),

- « Une autre assistance éducative », *RTD civ.*, 1972, p. 26.

ROCA (C.),

- « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », *Petites Affiches*, 6 avril 2001, n° 69, p. 10.
- « La non-dénonciation des atteintes sexuelles sur mineur et le secret professionnel », *in Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac : PU de Bordeaux, 2003, p. 553.

ROCHFELD (J.),

- « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du "contrat pédagogique" », *RDC*, 2006, p. 665.
- « Contrat de responsabilité parentale. Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (JO 2 avr. 2006, p. 4950) », *RTD civ.*, 2006, p. 395.
- « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », *in LEQUETTE (Y.), MAZEAUD (D.), [ss. dir.], L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2014, p. 165.

ROGUE (F.),

- « Le nom de famille dans la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *Petites Affiches*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 44.

ROLIN (F.),

- « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *RDSS*, 2007, p. 38.

ROLLAND (R.),

- « La protection du mineur victime d'infraction sexuelle (loi du 17 juin 1998) », *RDSS*, 1998, p. 892.

ROME (F.),

- « Noir déni », *D.*, 2009, p. 1521.
- « Ne les fessons plus, Folleville ! », *D.*, 2013, p. 2393.
- « Haro sur les procs ! », *D.*, 2014, p. 537.
- « Avis de tempête ! », *D.*, 2014, p. 1865.

RONGEAT-LOUDIN (F.),

- « La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *RJPF*, 2010-2/11.
- « Droit de la famille collaboratif et médiation familiale : union ou désunion ? », *RJPF*, 2011-2/10.

ROSENCZVEIG (J.-P.),

- « Les châtiments corporels : la pratique d'un juge pour enfants » (Interview), *AJ fam.*, 2005, p. 223.
- « Une rénovation de la protection de l'enfance au service des enfants », *AJ fam.*, 2007, p. 57.
- « Le rapport ‘‘De nouveaux droits pour les enfants ?’’ : un rapport pour rien ? », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 11.

ROTH (C.),

- « Les dix ans de la résidence alternée », *RLDC*, 2012/91, n° 4589.

ROUJOU DE BOUBEE (I.),

- « L'accord parental », *RRJ*, 1999-2, p. 319.

ROUMY (F.),

- « Le lien parental : aspects historiques », in FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), [ss. dir.], *La contractualisation de la famille*, Paris : Economica, 2001, p. 39.

ROUSSEAU (F.),

- « La victime des infractions contre les personnes : personne humaine ou personne juridique ? », *Rev. pénit.*, 2012, p. 805.

ROUVIERE (F.),

- « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *Gaz. pal.*, 7 mars 2013, n° 66, p. 5.

ROY (O.),

- « Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Odièvre contre France », *Petites affiches*, 3 octobre 2002, n° 198, p. 6.

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

- « La gestation pour le compte d'autrui », *D.*, 1985, chron., p. 147.
- « La déclaration d'abandon de l'article 350 du Code civil », *RTD civ.*, 1986, p. 730, n° 2.
- « Procréations assistées : état des questions », *RTD civ.*, 1987, p. 457.
- « Procréations assistées : état des questions », *RTD civ.*, 1990, p. 452.
- « Droits de la mère et droits de l'enfant : Réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ.*, 1991, p. 695.
- « Procréations assistées et stratégies en matière de filiation », *JCP G.*, 1991, I, 3505.
- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G.*, 1994, I, 3739.
- « L'adoption. Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996 », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy : PU de Nancy, 1998, p. 37.
- « Regards sur quelques incohérences en matière de droit de l'enfance », *D.*, 2001, p. 1323.
- « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. famille*, 2002, chron. n° 11.

RUDE-ANTOINE (E.),

- « Les mutilations sexuelles en France et le droit à l'intégrité physique de l'enfant : l'exemple de l'excision », in HERVE (C.), STANTON-JEAN (M.), RIBAU-BAJON (C.), [ss. dir.], *Violences sur le corps de la femme, Aspects juridiques, culturels et éthiques*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2012, p. 93.

SAINTE-ROSE (J.),

- « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine », *JCP G.*, 2004, I, 194.
- « La protection pénale de l'enfant à naître », *RGDM*, 2004, n° 12, p. 215.
- « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ? », *AJ fam.*, 2006, p. 395.
- « La condition juridique de l'enfant à naître », in MUZNY (P.), [ss. dir.], *La liberté de la personne sur son corps*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 21.

SALVAGE-GEREST (P.),

- « Benjamin encore... Une indispensable mise au point », *AJ fam.*, 2005, p. 18.
- « Genèse d'une quatrième réforme ou l'introuvable article 350, alinéa 1 du Code civil », *AJ fam.*, 2005, p. 350.
- « L'article 350, alinéa 1^{er} du Code civil, cinquième version », *Dr. famille*, 2005, alerte n° 61.
- « Les modifications apportées au Code de l'action sociale et des familles par la loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption », *Dr. famille*, 2005, étude n° 22.
- « L'autorité parentale », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 935, 2007.
- « Les grands-parents et l'adoption de leurs petits-enfants – (à l'occasion de l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 2009) », *Dr. famille*, 2009, étude n° 32.
- « Adoption plénière », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 742.
- « Adoptions intrafamiliales », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 807.
- « Adoption internationale », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 816.
- « Quel avenir pour les quarante propositions du Rapport Gouttenoire ? », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 6.

SCHENIQUE (L.),

- « La protection pénale de l'enfant victime du conflit familial », *AJ fam.*, 2013, p. 287.

SERIAUX (A.),

- « Droit naturel et procréation artificielle », *D.* 1985, chron. p. 53.
- « “Tes père et mère honoreras” », Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD civ.*, 1986, p. 265.
- « La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilité », *D.*, 1988, chron., p. 201.
- « L'enfant comme don », in SERIAUX (A.), [ss. dir.], *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1996, p. 11.
- « La responsabilité dans la transmission des valeurs », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2005 p. 43.
- « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.*, 2009, p. 1215.

SINGLY (F. de),

- « Qu'est-ce qu'un bon parent ? », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 13.

SOUCHER (M.),

- « La loi réformant la protection de l'enfance », in BICHWILLER (J.-P.), BREUGNOT (P.), CREOFF (M.), et al., *Réforme de la protection de l'enfance, Du droit aux pratiques*, Montrouge: Editions législatives, 2007, p. 19.

STEVENS (Y.), DENIS (C.),

- « Enfant, parent, professionnel : les vécus transversaux dans les situations d'abus sexuels », *Le Journal des psychologues*, 1/ 2009, n° 264, p. 65.

SUDRE (F.),

- « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in SUDRE (F.), [ss. dir.], *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention Européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 11.

TERRE (F.),

- « L'art juridique d'être grand-parent », *Justice et cassation*, 2011, p. 123.

TETARD (S.),

- « Quelle place juridique pour le beau-parent ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 28.

THERY (I.),

- « Approche sociologique de la “vie familiale” : la question des définitions », in SUDRE (F.), [ss. dir.], *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention Européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, Bruxelles : Nemesis, 2002, p. 61.
- « Couples de même sexe, mariage et filiation : par-delà la critique des apories de la rhétorique antidiscriminatoire », in FULCHIRON (H.), [ss. dir.], *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 269.
- « Ne pas être privé par l'Etat de l'accès à ses origines : un droit fondamental de l'homme », in TERRE (F.), PUIGELIER (C.), [ss. dir.], *Réflexion sur la loi bioéthique*, Paris : Mare & Martin, 2012, p. 63.
- « Engendrement et filiation au temps du démariage », in FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), [ss. dir.], *Parenté, filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 329.
- « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. famille*, 2013, dossier n° 17.
- « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », in LEQUETTE (Y.), MAZEAUD (D.), [ss. dir.], *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Paris : éditions Panthéon-Assas, 2014, p. 89.

THERY (I.), LEROYER (A.-M.),

- « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 2.
- « Les suites du rapport “Filiation, origines, parentalité” », *Dr. famille*, 2014, dossier n° 3.

THIBIERGE (C.),

- « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

THIERRY (J.-B.),

- « La circoncision de l'enfant », *RJPF*, 2012-9.10/35.

TON NU LAN (A.),

- « Le délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'Etat », *RJPF*, 2004-2/10.

- « L'insuffisance de l'information délivrée aux parents de naissance avant le placement de l'enfant en vue de l'adoption », *Dr. famille*, 2005, étude n° 11.

TORT (M.),

- « L'échange procréatif », in TESTART (J.), [ss. dir.], *Le magasin des enfants*, coll. Folio actuel, Paris : Gallimard, 1994, p. 275.

TRAVARD (J.),

- « La résistance de la Cour de cassation à l'article anti-Perruche de la loi du 4 mars 2002 », *RGDM*, 2014, n° 50, p. 227.

TRILLAT (B.),

- « L'accouchement anonyme : de l'opprobe à la consécration », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Paris : LGDJ, Strasbourg : PU de Strasbourg, 1994, p. 513.

VAN KOTE (A.),

- « Les enfants et la médiation familiale », *AJ fam.*, 2009, p. 337.

VASSEUR-LAMBRY (F.),

- « L'identité de la personne humaine », *Petites affiches*, 6 mai 2004, n° 91, p. 5.

VASSEUR (F.),

- « Une étrangère ne peut pas être renvoyée dans son pays d'origine ou ses filles risqueraient d'être excisées », *D.*, 1996, p. 304.

VAUVILLE (F.),

- « Du principe de coparentalité », *Petites affiches*, 18 octobre 2002, n° 209, p. 4.

VERDIER (P.),

- « 'L'affaire Benjamin : des effets de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X », *AJ fam.*, 2004, p. 358.

VIALLA (F.),

- « Intégrité corporelle des enfants (circoncision) : résolution du Conseil de l'Europe », *D.*, 2013, p. 2702.

VIALLA (F.), REYNIER (M.),

- « Pour le droit positif français, Ismaël n'est pas Isaac ! – À propos des arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011 », *JCP G.*, 2011, act. 441.

VIAUX (J.-L.),

- Aspects psychologiques de la confrontation de l'enfant à la justice », *Dr. famille*, 2006, étude n° 30.

VIGNEAU (D.),

- « Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation », in DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), CHOAIN (C.), [ss. dir.], *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Paris : LGDJ, 1997, p. 89.

VIRIOT-BARRIAL (D.),

- « Commentaire de la 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 », *D.*, 2006, p. 2350.

WATINE-DROUIN (C.),

- « Minorité – Audition du mineur en Justice – Défense de ses intérêts », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 388-1 et 388-2, 2009.

YOUF (D.),

- « La Convention internationale des droits de l'enfant : ses raisons d'être », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 3.

ZARLOWSKI (C.),

- « L'audition du mineur victime », *AJ pén.*, 2014, p. 13.

IV. – Avis, commentaires et notes

AUTEM (D.),

- « Exercice de la tierce opposition à un jugement d'adoption plénière, obs. sous CA Dijon, 19 mai 1988 », *D.*, 2000, somm., p. 174.

AVOUT (L. d'),

- « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, note sous CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* et CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France* », *D.*, 2014, p. 1806.

BELLIVIER (F.), NOIVILLE (C.),

- « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? note sous CA Paris, 1^{re} ch., sect. C, 25 octobre 2007, RG 06/00507 », *RDC*, 2008, p. 545.

BERNARD-XEMARD (C.),

- « L'enfant, sa famille d'accueil et son père biologique, obs. sous TGI Nancy, 16 mai 2003 », *Petites affiches*, 3 mars 2004, n° 45, p. 5.

BINET (J.-R.),

- « Insémination avec tiers donneur : pas de levée de l'anonymat, note sur TA Montreuil, 14 juin 2012, req. n° 1009924 : Jurisdata n° 2012-012516 », *JCP G.*, 2012, act. 802.
- « Anonymat du don de gamètes : toujours pas de violation du droit au respect de la vie privée, obs. sous CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981 : Jurisdata n° 2013-011962 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133.

BLARY-CLEMENT (E.),

- « Obs. sous CA Aix-en-Provence, 30 mai 1995 », *D.*, 1996, somm. p. 235.

BONNET (V.),

- « Co-maternité : entre désir et réalité, note sous TGI Briey, 21 octobre 2011 », *D.*, 2011, p. 1060.
- « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme : une histoire sans fin ?, obs. sur Cour eur. dr. h., *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012 », *RTDH*, 2014, p. 153.

BOSSE-PLATIERE (H.), GOUTTENOIRE (A.),

- « Adoption sur adoption ne vaut... même dans la famille recomposée !, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-16.527, FS P+B+I : JurisData n° 2011-000142 », *JCP G.*, 2011, note 415.

BOULMIER (D.),

- « L'intérêt légitime à substituer un prénom dont il n'a jamais été fait usage, note sous CA Orléans, 26 avril 1999 », *D.*, 1999, jurispr., p. 673.

BOURRAT-GUEGUEN (A.),

- « La mère porteuse ne peut pas se voir retirer l'autorité parentale en l'absence de danger pour l'enfant, note sous Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 2003 ; D. et a. c/ Ministère public [pourvoi n° 02-05.033 F-D] [Juris-Data n° 2003-023116] », *JCP G.*, 2004, II, 10058.

BRICE-DELAJOUX (C.),

- « Le Conseil d'Etat, le droit d'asile et l'excision : entre satisfaction et inquiétude, note sur : CE, Ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332491 : Jurisdata n° 2012-029929 – CE, Ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332492 : Jurisdata n° 2012-029930 – CE, Ass., 21 décembre 2012, *T.*, n° 332607 : Jurisdata n° 2012-029935 », *JCP G.*, 2013, note 357.

CARBONNIER (J.),

- « Note sous CA Paris, 30 avril 1959 », *D.*, 1959, jurispr., p. 673.
- « Note sous TGI Versailles, 24 septembre 1962 », *D.*, 1963, jurispr., p. 52.

CAYOL (A.),

- « Le préjudice résultant d'une naissance à la suite d'un inceste, note sous Cass. crim., 23 sept. 2010 », *Petites affiches*, 30 décembre 2010, n° 260, p. 9.

CHENEDE (F.),

- « L'absence de lien de parenté entre l'enfant né « sous X » et ses grands-parents biologiques, obs. sous CA Paris, 10 avril 2008 », *AJ fam.*, 2008, p. 252.
- « La présence de l'avocat des parents suffit à valider la procédure d'appel en matière d'assistance éducative, obs. sur Cass. civ. 1^{ère}., 30 septembre 2009, n° 08-16.147 », *AJ fam.*, 2009, p. 451.
- « Délégation conjointe d'autorité parentale : nouvelle application, obs. sous TGI Paris, JAF, 18 septembre 2009 », *AJ fam.*, 2009, p. 490.
- « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme, note sous CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson* c/ France et CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée* c/ France », *D.*, 2014, p. 1797.

CHOAIN (C.),

- « La Convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes concerne les seuls enfants légitimes. Refus du droit de visite et d'hébergement à un père algérien pour des motifs graves, note sur Cass. civ. 1^{ère}., 26 janvier 1994, n° 92-10.838 », *D.*, 1995, jurispr., p. 226.

CORPART (I.),

- « Le nom de l'enfant ne peut être indéfiniment modifié au gré des tergiversations de leurs parents, obs. sur CE, 8 mars 2012, n° 347240) », *RJPF*, 2012-7.8/8.
- « Un changement de nom exceptionnel par voie administrative pour corriger l'inattention des parents, obs. sur CE, 2^{ème} et 7^{ème} ss.-sect. réunies, 12 décembre 2012, n° 357865 », *RJPF*, 2013-2/7.
- « Pas de reconnaissance légale pour le syndrome d'aliénation parentale, note sur Rép. min. à question écrite n° 16593, *JO AN Q*, 18 juin 2013, p. 6454 », *RJPF*, 2013-9/38.
- « Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire les actes de naissance d'enfants nés de «mères porteuses», obs. sur Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 », *RJPF*, 2013-10/11.

COURTIN (C.),

- « L'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux des parents, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 22 février 2000 », *D.*, 2001, p. 422.

DECIMA (O.),

- « Le déni de grossesse, l'article 122-1 du code pénal et la faute, obs. sur C. assises Gironde, 7 septembre 2012 », *AJ pén.*, 2012, p. 651.

DEPADT-SEBAG (V.),

- « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui, note sous TGI Créteil, ord., 30 sept. 2004 », *D.*, 2005, p. 476.

DIONISI-PEYRUSSE (A.),

- « La faute du département est présumée lorsqu'une femme ayant accouchée sous X a connaissance de la nouvelle identité de l'enfant et de sa famille adoptive, obs. sous Conseil d'Etat, 2^e et 7^e s.-sect. réun., 17 octobre 2012, n° 348440 », *AJ fam.*, 2012, p. 616.
- « Procréation médicalement assistée : adoption plénière par l'épouse de la mère, obs. sur Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006 », *D.*, 2014, p. 1876.

DUVERT (C.),

- « Autorité parentale et circoncision rituelle, note sous CA Paris, 29 septembre 2000 », *D.*, 2001, p. 1585.

EUDIER (F.),

- « Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial : procédure applicable », *RJPF*, 2009-3/33.
- « Plusieurs textes détaillent le statut du délégué aux prestations familiales », *RJPF*, 2009-3/34.
- « Organisation des espaces de rencontre parents/enfants », *RJPF*, 2012-11/47.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013 n° 12-18.315 et Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013 n° 12-30.138 », *D.*, 2013, p. 2384.

FOSSIER (T.),

- « La communication du dossier d'assistance éducative au juge aux affaires familiales, obs. sous Cass. avis, 1^{er} mars 2004, n° 00-40.001, Guibaud c/ Mlle Sourdrille », *JCP G.*, 2004, I, 167, n° 3.

FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.),

- « L'enfant de la fraude... Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse, note sur Cass. civ. 1^{ère}., 19 mars 2014, n° 13-50.005 », *D.*, 2014, p. 905.

GALLMEISTER (I.),

- « Décision de confier l'enfant à un tiers : conditions de fond et saisine du juge, obs. sous Cour de cassation, 1^{ère} civ., 25 février 2009, n° 07-14.849 (n°185 FS-P+B+I) », *AJ fam.*, 2009, p. 171.
- « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation, obs. sur Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 », *D.*, 2013, p. 2170.

GARE (T.),

- « L'accouchement sous X et les grands parents, note sur Cour d'appel d'Angers, (1^{re} ch. B.), 26 janvier 2011 », *D.*, 2011, p. 1053.

GAREIL-SUTTER (L.),

- « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2009, n° 07-14.849, FS-P+B+I : Jurisdata n° 2009-047180 », *Dr. famille*, 2009, comm. n° 58.

GOUTTENOIRE (A.)

- « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale, note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623, FS P+B+I : Jurisdata n° 2010-011139 », *JCP G.*, 2010, note 994.
- « Droit de visite en cas de placement de l'enfant, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 9 juin 2010 », *D.*, 2011, pan., p. 1995.
- « Convention de gestation pour autrui. – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, note sous CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson c/ France : JurisData n° 2014-015212 », *JCP G.*, 2014, note 877.

HAFTEL (B.),

- « Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme, note sous CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson c/ France et CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11, Labassée c/ France », *AJ fam.*, 2014, p. 499.

HAUSER (J.),

- « Le nouvel article 388-2 du Code civil », *RTD civ.*, 1994, p. 90.
- « L'enfant au porteur mais pas à la porteuse : du contournement de l'article 16-7 nouveau du code civil », *RTD civ.*, 1996, p. 377.
- « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.*, 1997, p. 98.
- « Autorité parentale : le démembrement judiciaire est-il possible ? (obs. sous CA Pau, 1^{er} mars 1999 », *RTD civ.*, 1999, p. 612.
- « Prénom : en l'absence de calendrier, quelles limites ? », *RTD civ.*, 1999, p. 813.
- « L'abrogation de l'article 334-3 ancien du code civil par l'ordonnance du 4 juillet 2005 (Nîmes, 7 mars 2007, JCP 2007. IV. 2721) », *RTD civ.*, 2007, p. 752.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen (TGI Lyon, 1^{er} ch. B, 5 juill. 2007, D. 2007. 3052 note A. Gouttenoire – Paris, 1^{er} ch. C, 25 oct. 2007, D. 2007. 2953 et chron M. Bandrac, G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag ; *Dr. fam. focus* 87, M. Lamarche) », *RTD civ.*, 2008, p. 93.
- « Délégation croisée d'autorité parentale dans un couple homosexuel : une simple présomption de pouvoirs ? (TGI Lille, ord. JAF, 11 déc. 2007, D. 2008. 292 ; *AJ fam.* 2008. 119, obs. Chénéde) », *RTD civ.*, 2008, p. 290.
- « L'enfant sous X... n'a-t-il ni père, ni grands-parents : l'enfant ectoplasme d'adoption ? (Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, pourvoi n° 08-20.153, publié au Bulletin ; D. 2009. 1973, obs. C. Le Douaron; *Dr. fam.* 2009. 108, note P. Murat ; *AJ fam.* 2009. 350, obs. Chénéde ; *JCP* 2009. 152, note Y. Favier, pourvoi contre, Paris 10 avr. 2008, *RTD. civ.* 2008. 466 - TGI Angers (réf.), 8 oct. 2009, *AJ fam.* 2009. 455, obs. Chénéde) », *RTD civ.*, 2009, p. 708.
- « Gestation pour autrui : suite (Paris, 18 mars 2010, *AJ famille* 2010, p. 233, obs. F. Chénéde, D. 2010, p. 1210, obs. V. Egéa) », *RTD civ.*, 2010, p. 317.
- « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis (suite) (Tribunal de grande instance d'Angers, 26 avr. 2010, n° 10/00171, *AJ famille* 2010.

- 278, obs. F. Chénéde, Dr. fam. 2010. repère 6, P. Murat et comm. 114 note P. Salvage-Gerest - Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n° 09-15.219, publié au Bulletin) », *RTD civ.*, 2010, p. 540.
- « Assistance éducative et droit de visite : la guerre des juges pourrait reprendre ! (Civ. 1^{re}, 9 juin 2010, n° 09-13.390, D. 2010. 1555 ; *ibid.* 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; AJ famille 2010. 325, obs. E. Durand, *Juge des enfants au TGI de Marseille*) », *RTD civ.*, 2010, p. 546.
 - « Prénom : la psychologie du changement et l'arbitraire judiciaire (Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, n° 09-10.240, D. 2010. 2432 ; AJ famille 2010. 499 ; RJPF 2010-12/13, obs. I. Corpart - Civ. 1^{re}, 1er déc. 2010, n° 09-71.110, inédit - Versailles, 7 oct. 2010, n° 10/04665, AJ famille 2011. 53, obs. F. Chénéde) », *RTD civ.*, 2011, p. 97.
 - « Assistance éducative : de la nouvelle mesure d'aide à la gestion du budget familial (Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n° 09-66.133 publié, D. 2010. 2517 ; AJ fam. 2011. 45, obs. Douris ; Dr. fam. 2010 comm. 193, note I. Maria), *RTD civ.*, 2011, p. 101.
 - « Préliminaires : définir la famille par l'inceste (Cons. const. déc. 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC) », *RTD civ.*, 2011, p. 752.
 - « Nom, changement volontaire et filiation : incohérences et contradictions (Civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 11-40.062, inédit, AJ fam. 2011. 553, obs. N. Karbia, QPC non retenue - Civ. 1^{re}, 23 nov. 2001, pourvoi n° 10-26.271, inédit) », *RTD civ.*, 2012, p. 86.
 - « Prénom : retour sur l'abrogation de la loi de Germinal », (Civ. 1^{re}, 15 févr. 2012, n° 10-27.512 et 11-19.963, publiés au Bulletin ; D. 2012. 552 ; AJ fam. 2012. 231, obs. M. Lambert), *RTD civ.*, 2012 p. 287.
 - « Nom : changement volontaire, judiciaire ou administratif ? (CE, 8 mars 2012, n° 342126, De Chaisemartin, Daunay (*M^{me}*), au Lebon ; AJDA 2012. 523 ; AJ fam. 2012. 287, obs. M. Lambert - TGI Bordeaux, 22 mars 2012, n° 11/09849, AJ fam. 2012. 289, obs. S. B.) », *RTD civ.*, 2012, p. 504.
 - « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'Etat (Civ. 1^{ère}, 6 juin 2012, n° 11-27.071, renvoi d'une QPC, publié au Bulletin) », *RTD civ.*, 2012, p. 523.
 - « Autorité parentale et droit de visite : des "qualités" pour être parent (Cour. cass. italienne, 11 janv. 2013, n° 601, D. 2013. 177, obs. F. Laffaille - Nancy, 3^e ch. civ. 28 sept. 2012, n° 11/01931, Dr. fam. 2013. comm. 13, obs. Neirinck - CEDH 12 févr. 2013, n° 29617/07, *Vojnity c/ Hongrie*, AJ fam. 2013. 179, obs. I. Gallmeister) », *RTD civ.*, 2013, p. 365.
 - « Le tiers et l'autorité parentale (Agen, 1^{re} ch., 11 avr. 2013, n° 12/01488 ; Dr. fam. 2013. comm. 103. note Neirinck) », *RTD civ.*, 2013, p. 830.
 - Des éléments essentiels du droit français (pour l'instant !) et de l'abrogation par désuétude (Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, inédit ; D. 2014. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 901, avis J.-P. Jean ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2014. 244, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse) », *RTD civ.*, 2014, p. 330.
- HUYETTE (M.),**
- « La réglementation des droits de visite et d'hébergement en assistance éducative, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998 », *D.*, 1999, jurispr., p. 123.
 - « Le juge des enfants qui confie un mineur à l'ASE peut imposer son orientation en famille d'accueil, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001 », *D.*, 2001, p. 2151.

LABBEE (X.),

- « Mélanie chez les grecs, note sous TGI Lille, 18 décembre 2003 », *D.* 2004, jurispr., p. 2675.

LE BOURSICOT (M.-C.),

- « Pas de grands-parents sans parents, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2009, n° 08-20.153, P+B+I, rejet, CA Paris, 10 avr. 2008 », *RJPF*, 2009-9/37.
- « Au nom de l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel d'Angers fait primer la volonté des grands-parents d'établir un lien avec l'enfant sur celle de la mère de renoncer à la filiation, obs. sous CA Angers, 26 janvier 2011, n° RG : 10/01339 [...] », *RJPF*, 2011-3/32.
- « Accès aux origines personnelles : la CEDH cite le dispositif français en exemple pour condamner la loi italienne, obs. sous CEDH, 25 septembre 2012, aff. 33783/09, Godelli c/ Italie », *RLDC*, 2013/100, n° 4945.
- « Présomption de responsabilité des services du département en cas de "fuite" sur la nouvelle identité de l'adopté, note sous CE, 17 octobre 2012, n° 348440, M. et Mme B... c/ Département des Alpes-Maritimes », *RJPF*, 2013-1/11.
- « Tant qu'il y aura des hommes... et des femmes, il y aura des pères et des mères, note sous Cass. 1^{ère} civ. QPC, 28 mars 2013, n° 13-40.001 », *RJPF*, 2013-6/23.
- « Accès aux origines personnelles : la délicate pesée des intérêts en présence, note sous CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981, M. A. et CAA Paris, 31 mai 2013, n° 12PA04956 », *RJPF*, 2013-9/26.
- « Semer n'est pas récolter. Les déboires des géniteurs ayant recours à une "mère porteuse", note sur Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013 n° 12-18.315 et Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013 n° 12-30.138 », *RJPF*, 2013-11/5.

MALAUURIE (P.),

- « Une mineure doit attendre sa majorité pour exercer un choix religieux auquel un des parents s'oppose, note sous Cass. civ. 11 juin 1991, n° n° 89-20.878 », *D.*, 1991, jurispr., p. 521.

MARECHAL (J.-Y.),

- « La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? obs. sous cass. crim., 12 octobre 2005 », *D.*, 2006, p. 2446.

MARIA (I.),

- « De l'aide à la gestion du budget familial, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n° 09-66.133, F-P+B+I : Jurisdata n° 2010-018914 », *Dr. famille*, 2010, comm. n° 193.

MASSIP (J.),

- « Obs. sur Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1986 », *Defrénois*, 1987, art. 33978, n° 40, p. 775.
- « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, n° 96-11.073 », *D.*, 1997, somm., p. 587.

MBALA MBALA (F.),

- « Un père privé de l'exercice de l'autorité parentale et de son droit de visite et d'hébergement, note sous CA Lyon, 19 décembre 2011 », *AJ fam.*, 2012, p. 144.

MIRKOVIC (A.),

- « Non-transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil, note sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 18 mars 2010, n° 09/11017 : JurisData n° 2010-002814 », *JCP G.*, 2010, note 498.
- « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil, note sous CA Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758 », *D.*, 2012, p. 878.

- « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-30.138 : Jurisdata n° 2013-018928 et Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : Jurisdata 2013-018930 », *JCP G.*, 2013, note 585.

MONEGER (F.),

- « Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant. Note sous Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993 », *RDSS*, 1993, p. 533.

MONTEIRO (E.),

- « Exercice de l'autorité parentale et insémination artificielle entre parents homosexuels, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 9 mars 1994, n° 92-16.774 », *D.*, 1995, jurispr., p. 197.

MURAT (P.),

- « La motivation de la déclaration judiciaire d'abandon, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1998 », *Dr. famille*, 1998, comm. n° 14.
- « L'impossibilité d'exercer l'autorité parentale, condition de la délégation forcée, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005, n° 04-05.019 F-P+B : Juris-Data n° 2005-027908 », *Dr. famille*, 2005, comm. n° 155.
- « “Affaire Benjamin” : une cassation méritée mais bien confuse, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et 05-11.286 FS-P+B+R+I : Juris-Data n° 2006-033113 », *Dr. famille*, 2006, comm. n° 124.
- « La Cour de cassation et les motivations des juges du fond en cas de changement de résidence d'un des parents : vers un durcissement du contrôle ?, Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 06-17.869, F-P+B, Christophe A. c/ Mireille C. : JurisData n° 2007-037902 », *Dr. famille*, 2007, comm. n° 125.

NEIRINCK (C.),

- « Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.28 », *RDSS*, 2006, p. 575.
- « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH. A propos de CEDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04 », *RDSS*, 2008, p. 353.
- « Homoparentalité et ordre public, note sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 et Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 09-12.623 », *RDSS*, 2010, p. 1128.
- « Effet dévolutif de l'appel et évolution du danger en assistance éducative, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 2010, n° 09-68.141 FS-P+B+I : Jurisdata n° 2010-018951 », *Dr. famille*, 2010, comm. n° 184.
- « Famille recomposée et adoption simple : un beau-père est-il un père ?, obs. sous CA Versailles, 9 septembre 2010, Jurisdata n° 2010-016180 », *Dr. famille*, 2010, comm. n° 185.
- « Absence de discernement d'un mineur, procédure d'assistance éducative et choix d'un avocat, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2011, n° 10-16.367, F-D : Jurisdata n° 2011-030679 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 30.
- « Acte de naissance de l'enfant né d'une mère porteuse, reconnaissance paternelle et actions du Ministère public, obs. sous CA Rennes, 29 mars 2011 et 21 févr. 2012, n° 10/02646 et n° 11/02758 : Jurisdata n° 2011-018009 et n° 2012-002735 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67.
- « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant, obs. sous Cons. const., déc. 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC : Jurisdata n° 2012-010789 ; JO 17 mai 2012, p. 9154 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 120.
- « Le refus de reconnaître son enfant peut-il être fautif ? obs. sous CA Caen, 29 mars 2012, Jurisdata n° 2012-019170 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 138.

- « L'inconstitutionnalité du premier alinéa de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, obs. sur Cons. const. déc. 27 juillet 2012, n° 2012-268 QPC : Jurisdata n° 2012-019113 ; JO 28 juill. 2012, p. 12355 », *Dr. famille*, 2012, comm. n° 143.
- « La responsabilité du département pour non-respect du secret de l'adoption, obs. sous CE, 2^e et 7^e s.-sect. réun., 17 octobre 2012, n° 348440 : Jurisdata n° 2012-023315 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 31.
- « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 42.
- « Accouchement anonyme et secret, grand-parent et article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, obs. sous CA Metz, ch. fam., 22 janvier 2013, n° 11/04085 : Jurisdata n° 2013-004027 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 54.
- « Délégation partielle de l'autorité parentale à des grands-parents, obs. sous CA Agen, 1^{re} ch., matrimoniale, 11 avr. 2013, n° 12/01488 : JurisData n° 2013-008776 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 103.
- « Notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat : protection procédurale de la famille ou protection de l'adoptabilité de l'enfant ?, obs. sous L. n° 2013-673, 26 juill. 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat : JO 27 juill. 2013, p. 12556 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 137.
- « Fraude et ordre public contre reconnaissances paternelles et transcription des actes de naissance dressés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-30.138 : Jurisdata n° 2013-018928 et Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : Jurisdata 2013-018930 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 151.
- « Première adoption plénière par l'épouse de la mère, obs. sur TGI Lille, 14 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-027517 », *Dr. famille*, 2014, comm. n° 4.
- « Un droit de visite accordé à l'ex-compagne de la mère justifié par un projet de coparentalité antérieurement partagé, obs. sous CA Rouen, 3 avril 2014, RG n° 13/03333 : Jurisdata n° 2014-007171 » *Dr. famille*, 2014, comm n° 99.
- « Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui ! note sous CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson c/ France : JurisData n° 2014-015212 et CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11, Labassée c/ France : JurisData n° 2014-015214 », *Dr. famille*, 2014, comm. n° 128.

PENNEAU (J.),

- « Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications, obs. sous CA Paris, 12 février 1992 », *D.*, 1993, somm., p. 27.

PERDRIX (L.),

- « Coparentalité et responsabilité du fait du mineur : l'embarrassant critère de la cohabitation, note sous Cass. crim., 29 avril 2014, n° 13-84.207 », *D.*, 2014, p. 1620.

PETIT (C.),

- « Avis sur Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012 (Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, FP P+B+I+R : Jurisdata n° 2012-011952) (extrait) », *JCP G.*, 2012, note 856.

- « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, avis sur Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013 n° 12-18.315 et Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013 n° 12-30.138 », *D.*, 2013, p. 2377.
- « Le juge n'est pas tenu de faire respecter le droit à l'audition des mineurs, avis sur Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-17.275 : Jurisdata n° 2013-013139 », *Dr. famille*, 2013, comm. n° 118.
- « Avis sur Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013 (Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-14.392, P+B+I : Jurisdata n° 2013-013137 », *JCP G.*, 2013, note 831.

POISSON-DROCOURT (E.),

- « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption, note sous Cass. civ. 1^{ère}., 9 décembre 2003, n° 01-03.927 », *D.*, 2004, p. 1998.
- « Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption, obs. sous CA Nancy, 23 février 2004 », *D.*, 2004, p. 2249.
- « Reconnaissance paternelle prénatale, adoption et accouchement sous X, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 », *D.*, 2006, p. 2293.

REIGNE (P.),

- « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi, obs. sous TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 ; Jurisdata n° 2014-013016 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00113 ; Jurisdata n° 2014-013015 – TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00013 ; Jurisdata n° 2014-013012 », *Dr. famille*, 2014, comm. n° 114.
- « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée, note sous TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14803 et TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14804 » *D.*, 2014, p. 1669.

ROBERT (A.-G.),

- « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *RSC*, 2010, p. 911.

ROMAN (D.),

- « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible. Note sous Cons. const., 16 mai 2012, décision n° 2012-248 QPC », *RDSS*, 2012, p. 750.

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

- « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.*, 1990, p. 254.
- « Maternité de substitution : qui est la mère ?, obs. sur CA Rennes, 4 juillet 2002 », *JCP G.*, 2003, I, 101.

THIERRY (J.-B.),

- « Modalités de la demande d'audition du mineur, obs. sous Cour de cassation, 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379 (n° 952 FS+P), *AJ fam.*, 2007, p. 432.

V. – Documents, études et rapports

ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.) et al.,

- *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant, Doc. fr., 1993.*

ANDRE (M.), MILON (A.), RICHEMONT (H. de),

- *Rapport d'information n° 421 fait au nom de la Commission des Affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, Doc. Sénat, 2007-2008.*

ASSOULINE (D.),

- *Rapport n° 56 fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi de Mme Françoise CARTRON et plusieurs de ses collègues visant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire, Doc. Sénat, 2012-2013.*

BAREGES (B.),

- *Rapport de la Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, Doc. AN., XIII^{ème} législature, 12 novembre 2010.*

BETEILLE (L.),

- *Rapport n° 465 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et l'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes, Doc. Sénat, 2008-2009.*

BLOCHE (P.), PECRESSE (V.),

- *Rapport n° 2832, Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, 2 tomes, Doc. AN, XII^{ème} législature.*

BOUSQUET (F.), PILLET (F.),

- *Rapport n° 1799 fait au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Doc. AN, XIII^{ème} législature, 2 tomes.*

BROISSIA (L. de),

- *Rapport du groupe de travail sur « l'amélioration de la prise en charge des mineurs protégés, Doc. fr., 2005.*

CHAPDELAINÉ (M.-A.),

- *Rapport n° 1925 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*

CLAEYS (A.), LEONETTI (J.),

- *Rapport n° 2235 fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Doc. AN, XIII^{ème} législature, 2 tomes.*

CLAEYS (A.), VIALATTE (J.-S.),

- *Rapport n° 1325 sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Doc. AN. 2008.*

COLOMBANI (J.-M.),

- *Rapport sur l'adoption, Doc. fr.*, 2008.

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE,

- Avis n° 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation.*
- Avis n° 110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui.*

COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX,

- Conclusions 2003 (France).
- Conclusions 2005 (France).
- Conclusions 2011 (France).

CONSEIL D'ETAT,

- *Sciences de la vie : de l'éthique au droit, Doc. fr.*, 1988.
- *Statut et protection de l'enfant, Doc. fr.*, 1991.
- *La révision des lois bioéthiques, Doc. fr.*, 2009.

CONSEIL DE L'EUROPE, ass. parlementaire,

- 4 octobre 1979, *Recommandation n° 874 (1979)*, Charte européenne des droits de l'enfant.
- 4 juin 2004, *Recommandation n° 1666 (2004)*, doc. n° 10199.
- 1^{er} octobre 2013, *Résolution n° 1952 (2013)*, Le droit des enfants à l'intégrité physique.
- 1^{er} octobre 2013, *Recommandation n° 2023 (2013)*, Le droit des enfants à l'intégrité physique.

CONSEIL DE L'EUROPE, comité des ministres,

- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et de la violence domestique, *Rapport explicatif*, 2011.

CONSEIL SUPERIEUR DE L'ADOPTION,

- *Rapport sur la pratique et l'avenir de la déclaration judiciaire d'abandon*, septembre 2005, p. 7, disponible sur www.adoption.gouv.fr/IMG/pdf_Rapport_CSA_Art350_2005.pdf, consulté le 5 juin 2012.

COUR DE CASSATION,

- Communiqué relatif aux avis n° 15010 et n° 15011 du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation (demande n° 1470006 et n° 1470007), disponible sur www.courdecassation.fr/IMG///Communiqu%C3%A9%20Avis%20AMP.pdf, consulté le 23 septembre 2014.

COUR DES COMPTES,

- *Rapport public thématique : la protection de l'enfance, Doc. fr.*, 2009.

DEFENSEUR DES DROITS,

- *Rapport annuel 2011, Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits, Doc. fr.*, 2011.
- *Rapport annuel 2013, L'enfant et sa parole en justice, Doc. fr.*, 2013.

DEFENSEUR DES ENFANTS,

- *Rapport annuel 2006, 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, Doc. fr.*, 2006.
- *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles, Rapport thématique, Doc. fr.*, 2008.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F),

- *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Doc. fr.*, 1999.

DENAJA (S.),

- *Rapport n° 1663 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1380) pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*

DINI (M.),

- *Rapport n° 370, Proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative au suivi des enfants en danger par la transmission des informations préoccupantes, Doc. Sénat, 2011-2012.*

DINI (M.), MEUNIER (M.),

- *Rapport d'information n° 655 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la protection de l'enfance, Doc. Sénat, 2013-2014.*

DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, DIRECTION GENERALE DE LA COHESION SOCIALE,

- *Rapport sur les réflexions du groupe de travail sur la coparentalité, « Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés », Doc. fr., 2014.*

DOUCET (S.),

- *Rapport n° 549 fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*

ESTROSI (C.),

- *Mission parlementaire, Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?, Doc. fr., 2005.*

FORT (M.-L.),

- *Rapport n° 1601 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*

GEOFFROY (G.),

- *Rapport n° 2293, Proposition de loi n° 2121 renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*

GEOFFROY (G.), BOUSQUET (D.),

- *Rapport d'information n° 4169 sur la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*

GODET (M.), SULLEROT (E.),

- *La famille, une affaire publique, Doc. fr., 2005.*

GOURJADE (L.),

- *Rapport n° 1224 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*

GOUTTENOIRE (A.), CORPART (L.),

- *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014.*

GRANET (F.),

- *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les Etats membres de la CIEC*, Note de synthèse, Commission internationale de l'état civil, Février 2014.

HESSE (C.), NAVES (P.),

- *Rapport sur les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences pour l'enfant*, Doc. fr., Novembre 2009.

JACQUEY-VASQUEZ (B.), RAYMOND (M.), SITRUK (P.),

- *Evaluation de la politique de soutien à la parentalité*, Doc. fr., 2013.

JUSTON (M.), GARGOULLAUD (S.),

- *Médiation familiale et contrats de co-parentalité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014.

KALTENBACH (P.),

- *Rapport n° 549 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Mmes Muguette DINI, Chantal JOUANNO et plusieurs de leurs collègues, modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles*, Doc. Sénat, 2013-2014.

KLES (V.),

- *Rapport n° 807 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, Doc. Sénat, 2012-2013.

LARDEUX (A.),

- *Rapport n° 393, Projet de loi réformant la protection de l'enfance*, Doc. Sénat, 2005-2006.
- *Rapport n° 205, Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, réformant la protection de l'enfance*, Doc. Sénat, 2006-2007.

LEONETTI (J.),

- *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, Doc. fr., 2009.

MARTINEZ (H.),

- *Rapport n° 3068, Proposition de loi relative au suivi des enfants en danger par la transmission des informations préoccupantes*, Doc. AN, XIII^{ème} législature.

MEUNIER (M.),

- *Avis n° 426 présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, Doc. Sénat, 2013-2014.

MINISTERE DE LA JUSTICE,

- Note du 31 décembre 2009 relative à la continuité du service du juge des enfants, n° SJ-09-456-AB1/31.12.09.
- *Annuaire Statistique de la Justice*, Edition 2011-2012, Doc. fr., 2012.

MINISTERE DE LA SANTE ET DES SOLIDARITES, *Guide pratique Protection de l'enfance,*

- *Prévention en faveur de l'enfant et de l'adolescent*, Doc. fr., février 2008.
- *La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation*, Doc. fr., février 2008.
- *Intervenir à domicile pour la protection de l'enfant*, Doc. fr., février 2008.
- *L'accueil de l'enfant et de l'adolescent protégé*, Doc. fr., février 2008.

MIVILUDES,

- *Guide, La protection des mineurs contre les dérives sectaires*, Doc. fr., 2010.

ODAS,

- *L'observation de l'enfance en danger : guide méthodologique*, édition revue et complétée, Odas Editeur, Mai 2001.

ONED,

- *Troisième rapport annuel au parlement et au gouvernement de l'observatoire national de l'enfance en danger*, Oned Editeur, Décembre 2007.
- *Les enfants exposés aux violences au sein du couple, quelles recommandations pour les pouvoirs publics*, partenariat entre le service du droit des femmes et de l'égalité et l'observatoire national de l'enfance en danger, Oned Editeur, 2008.
- *Le délaissement parental : conceptions et pratiques dans quatre pays occidentaux*, Oned Editeur, 2009.
- *Cinquième rapport annuel de l'observatoire national de l'enfance en danger remis au gouvernement et au parlement*, Oned Editeur, Avril 2010.
- *Enquête nationale informations préoccupantes*, Oned Editeur, Octobre 2011.
- *Septième rapport annuel de l'observatoire national de l'enfance en danger remis au gouvernement et au parlement*, Oned Editeur, Mars 2012.
- *Les enfants exposés à la violence conjugale. Recherches et pratiques* Rapport d'étude sous la direction de Nadège Séverac, Oned Editeur, Décembre 2012.
- *Neuvième rapport annuel de l'observatoire national de l'enfance en danger remis au gouvernement et au parlement*, Oned Editeur, Mai 2014.

ONU,

- Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, A/RES/40/34 du 11 décembre 1985.

PASQUET (I.),

- *Rapport n° 760 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat*, Doc. Sénat, 2012-2013.

PECRESSE (V.),

- *Rapport n° 3256, Projet de loi n° 3184 réformant la protection de l'enfance*, Doc. AN, XII^{ème} législature.

PILLET (F.),

- *Rapport n° 534, Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, Doc. Sénat, 2009-2010.

ROSENCZVEIG (J.-P.), YOUNG (D.), CAPELIER (F.),

- *Des nouveaux droits pour l'enfant ? Oui dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014.

SENAT,

- *L'anonymat du don de gamètes*, Etude de législation comparée, n° 186, Doc. Sénat, 2008.

TABAROT (M.),

- *Rapport n° 4330, Proposition de loi n° 3739 rect. relative à l'enfance délaissée et à l'adoption*, Doc. AN, XIII^{ème} législature.

TASCA (C.), MERCIER (M.),

- *Rapport d'information n° 404 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la justice familiale, Doc. sénat, 2013-2014.*

THERY (I.),

- *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Paris : Odile Jacob, Doc. fr., 1998.*

THERY (I.), LEROYER (A.-M.),

- *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Doc. fr., 2014.*

VI. – Questions écrites et réponses ministérielles

- TERRADE (O.), Question écrite n° 08986, *JO Sénat Q*, 4 juin 2009, p. 1368.
- Rép. min. Justice à question écrite n° 08986, *JO Sénat Q*, 10 septembre 2009, p. 2168.
- Rép. min. Justice à question écrite n° 16593, *JO AN Q*, 18 juin 2013, p. 6454.
- Rép. min. Justice à question écrite n° 26327, *JO AN Q*, 13 août 2013, p. 8788.

VII. – Débats parlementaires

- DARRAS, (M.), Débats parlementaires, *Première session ordinaire de 1991-1992 (2^{ème} séance, séance du jeudi 3 octobre 1991)*, *JO Sénat CR*, 4 octobre 1991, p. 2649.
- DREYFUS-SCHMIDT (M.), Débats parlementaires, *Première session ordinaire de 1991-1992 (2^{ème} séance, séance du jeudi 3 octobre 1991)*, *JO Sénat CR*, 4 octobre 1991, p. 2648.

VIII. – Projets et propositions de loi

ASSEMBLEE NATIONALE,

- *Projet de loi réformant la protection de l'enfance*, modifié en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007, texte n° 647, *Doc. AN*, XII^{ème} législature.
- *Projet de loi réformant la protection de l'enfance*, adopté sans modifications en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale le 22 février 2007, texte n° 700, *Doc. AN*, XII^{ème} législature.
- *Proposition de loi n° 3222 instaurant une délégation de responsabilité parentale pour les actes de la vie courante de l'enfant*, *Doc. AN*, XII^{ème} législature.
- *Proposition de loi n° 3224 instaurant un accouchement dans la discrétion*, *Doc. AN*, XII^{ème} législature.
- *Projet de loi n° 2911 relatif à la bioéthique*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature.
- *Proposition de loi n° 230 visant à assurer l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis sur les mineurs*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature.
- *Proposition de loi n° 1710 visant à préserver l'autorité parentale partagée en cas de séparation des parents*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature.
- *Proposition de loi n° 2244 visant à abolir les châtiments corporels infligés aux enfants*, *Doc. AN*, XIII^{ème} législature.

- *Proposition de loi n° 2971 visant à abolir toutes formes de violences physiques et psychologiques infligées aux enfants, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 3051 visant à améliorer le dispositif de la déclaration judiciaire d'abandon, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 3122 visant à rétablir l'action de changement de nom en cas de seconde filiation, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 3222 visant à modifier les règles de dévolution du nom de famille des enfants nés hors mariage, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 3739 (rectifiée) sur l'enfance délaissée et l'adoption, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 3834 visant à préserver l'autorité partagée et à privilégier la résidence alternée pour l'enfant en cas de séparation des parents, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 4043 visant à « la levée de l'anonymat » et à l'organisation de « l'accouchement dans le secret », Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 4320 visant à remplacer l'autorité parentale par la responsabilité parentale et à en préciser l'exercice, Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes, adoptée le 28 avril 2009 en première lecture, texte n° 270 « petite loi », Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption, adoptée le 1^{er} mars 2012 en première lecture, texte n° 881 « petite loi », Doc. AN, XIII^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 806 visant à sanctionner le fait de promouvoir ou de faciliter par l'usage d'un moyen de communication la conception d'un enfant pour autrui, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 1442 visant à interdire la gestion pour autrui, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 1445 visant à interdire la gestion pour autrui, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 1456 visant à limiter l'accès à la procréation médicalement assistée aux seuls couples hétérosexuels confrontés à une infertilité médicale, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*
- *Proposition de loi n° 1979 relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*
- *Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, transmise au Sénat le 27 juin 2014, texte n° 664, Doc. AN, XIV^{ème} législature.*

SENAT,

- *Projet de loi réformant la protection de l'enfance, adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture le 12 février 2007, texte n° 68, Doc. Sénat, 2006-2007.*
- *Proposition de loi n° 109 visant à instaurer un accouchement dans la confidentialité, Doc. Sénat, 2008-2009.*
- *Proposition de loi n° 168 autorisant l'adoption par les partenaires liés par un pacte civil de solidarité, Doc. Sénat, 2009-2010.*
- *Proposition de loi n° 233 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, Doc. Sénat, 2009-2010.*

- Proposition de loi n° 234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, *Doc. Sénat*, 2009-2010.
- Proposition de loi n° 368 modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, *Doc. Sénat*, 2013-2014.
- Proposition de loi n° 517 relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, *Doc. Sénat*, 2013-2014.
- Proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, adoptée le 28 mai 2014 en première lecture, texte n° 126 « petite loi », *Doc. Sénat*, 2013-2014.

IX. – Articles de presse

CHRONIQUE JUDICIAIRE (PAR D. R.-B.),

- « Insémination artificielle : un couple et une mère porteuse devant la justice », *Actualité judiciaire, la vie judiciaire dans les Côtes-d'Armor*, 21 juin 2013, disponible sur <http://www.actualitejudiciaire.fr/2013/06/21/insemination-artificielle-un-couple-et-une-mere-porteuse-devant-la-justice/comment-page-1/#comment-23>, consulté le 19 septembre 2013.

FREOUR (P.),

- « La maltraitance laisse des traces visibles dans le cerveau », *Le Figaro.fr*, 3 août 2012, disponible sur <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2012/08/03/18760-maltraitance-laisse-traces-visibles-dans-cerveau>, consulté le 4 août 2012.

GREMAUD (R.),

- « Moratoire suisse sur la circoncision rituelle », *Le Monde*, 3 août 2012, p. 2.

GUEDON (R.),

- « Il ne faut pas interdire la circoncision, Les religions doivent être respectées », *Le Monde*, 29 août 2012, p. 17.

LECLAIR (A.),

- « Le projet anti-fessée étendu aux violences morales », *Le Figaro*, 20 novembre 2010, p. 11.

LEMAITRE (F.),

- « Sale temps pour la circoncision », *Le Monde*, 8 septembre 2012, p. 7.

MALLEVOUE (D. de),

- « 2009 pourrait être l'année de l'abolition de la fessée », *Le Figaro*, 24 janvier 2009, p. 9.

RAZEMON (O.),

- « Les militants anti-fessée réclament une loi afin de “bousculer l'opinion” », *Le Monde*, 31 octobre 2011, p. 21.

TABLE DE JURISPRUDENCE

(classement par ordre chronologique)

I. – Juridictions supranationales

1. – Cour européenne des droits de l'Homme

1970-1979

Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72.

Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31.

1980-1989

Cour EDH, 8 juillet 1987, *W. c/ Royaume-Uni*, req. n° 9749/82.

Cour EDH, 8 juillet 1987, *B. c/ Royaume-Uni*, req. n° 9840/82.

Cour EDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède* (n° 1), série A, n° 130.

Cour EDH, 22 juin 1989, *Eriksson c/ Suède*, série A, n° 156.

Cour EDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, req. n° 10454/83.

1990-1999

Cour EDH, 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c/ Suède*, série A, n° 226-A.

Cour EDH, 27 novembre 1992, *Olsson c/ Suède* (n° 2), série A, n° 250.

Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, req. n° 13134/87.

Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, req. n° 16969/90.

Cour EDH, 23 septembre 1994, *Hokkanen c/ Finlande*, série A, n° 299-A.

Cour EDH, 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, Série A, n° 297-C.

Cour EDH, 24 février 1995, *Mc Michael c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 307-B.

Cour EDH, 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*, req. n° 17383/90.

Cour EDH, 24 octobre 1996, *Guillot c/ France*, req. n° 22500/93.

Cour EDH, 22 avril 1997, *X. Y. et Z. c/ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93.

Cour EDH, 9 juin 1998, *L. C. B. c/ Royaume-Uni*, req. n° 23413/94.

Cour EDH, 23 septembre 1998, *A. c/ Royaume-Uni*, req. n° 25599/94.

Cour EDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. n° 23452/94.

Cour EDH, 28 octobre 1998, *Söderbäck c/ Suède*, req. n° 24484/94.

Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, req. n° 33290/96.

2000-2009

Cour EDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, req. n° 31679/96.

Cour EDH, 8 février 2000, *Voisine c/ France*, req. n° 27362/95.

Cour EDH, 27 avril 2000, *L. c/ Finlande*, req. n° 25651/94.

Cour EDH, 1^{er} mai 2000, *Mazurek c/ France*, req. n° 34406/97.

Cour EDH, gr. ch., 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c/ Italie*, req. n° 39221/98.

Cour EDH, gr. ch., 13 juillet 2000, *Elsholz c/ Allemagne*, req. n° 25735/94.

Cour EDH, 19 septembre 2000, *Gnahoré c/ France*, req. n° 40031/98.

Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, req. n° 44599/98.

Cour EDH, gr. ch., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, req. n° 34044/96, n° 35532/97 et n° 44801/98.

Cour EDH, gr. ch., 10 mai 2001, *Z. c/ Royaume-Uni*, req. n° 29392/95.

Cour EDH, gr. ch., 10 mai 2001, *T. P. et K. M. c/ Royaume-Uni*, req. 28945/95.

Cour EDH, gr. ch., 12 juillet 2001, *K. et T. c/ Finlande*, req. n° 25702/94.

Cour EDH, 11 octobre 2001, *Hoffmann c/ Allemagne*, req. n° 34054/96.

Cour EDH, 20 décembre 2001, *Buchberger c/ Autriche*, req. n° 32899/96.

Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, req. n° 53176/99.

Cour EDH, 26 février 2002, *Frette c/ France*, req. n° 36515/97.

Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req n° 2346/02.

Cour EDH, 26 novembre 2002, *E. et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 33218/96.

Cour EDH, 5 décembre 2002, *Hoppe c/ Allemagne*, req. n° 28422/95.

Cour EDH, 17 décembre 2002, *Venema c/ Pays-Bas*, req. n° 35731/97.

Cour EDH, 14 janvier 2003, *K. A. c/ Finlande*, req. n° 27751/95.

Cour EDH, gr. ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. n° 42326/98.

Cour EDH, 18 février 2003, *Schaal c/ Luxembourg*, req. n° 51773/99.

Cour EDH, 9 mai 2003, *Covezzi et Morselli c/ Italie*, n° 52763/99.

Cour EDH, 8 juillet 2003, *Sahin c/ Allemagne*, req. n° 30943/96.

Cour EDH, 8 juillet 2003, *Sommerfeld c/ Allemagne*, req. n° 31871/96.

Cour EDH, 16 décembre 2003, *Palau Martinez c/ France*, req. n° 64927/01.

Cour EDH, 26 février 2004, *Görgülü c/ Allemagne*, req. n° 74969/01.

Cour EDH, 8 avril 2004, *Haase c/ Allemagne*, req. n° 11057/02.

Cour EDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c/ Roumanie*, req. n° 78028/01 et 78030/01.

Cour EDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, req. n° 53924/00.

Cour EDH, 28 septembre 2004, *Sabou et Pircalab c/ Roumanie*, req. n° 47457/99.

Cour EDH, 28 mai 2005, *Plasse-Bauer c/ France*, req. n° 21342/02.

Cour EDH, 28 juin 2005, *Fourchon c/ France*, req. n° 60145/00.

Cour EDH, gr. ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03.

Cour EDH, gr. ch., 6 octobre 2005, *Maurice c/ France*, req. n° 11810/03.

Cour EDH, 24 novembre 2005, *Shofman c/ Russie*, req. n° 74826/01.

Cour EDH, 12 janvier 2006, *Paulik c/ Slovaquie*, req. n° 10699/05.

Cour EDH, 18 mai 2006, *Rozanski c/ Pologne*, req. n° 55339/00.

Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggı c/ Suisse*, req. n° 58757/00.

Cour EDH, 20 juillet 2006, *Koudelka c/ République Tchèque*, req. n° 1633/05.

Cour EDH, 22 septembre 2006, *Bianchi c/ Suisse*, req. n° 7548/04.

Cour EDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, req. n° 13178/03.

Cour EDH, 26 octobre 2006, *Wallova et Walla c/ République Tchèque*, req. n° 23848/04.
Cour EDH, 18 janvier 2007, *Zavrel c/ République Tchèque*, req. n° 14044/05.
Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiác c/ Pologne*, req. n° 5410/03.
Cour EDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.
Cour EDH, 21 juin 2007, *Havelka et autres c/ République Tchèque*, req. n° 23499/06.
Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01.
Cour EDH, 26 juillet 2007, *Schmidt c/ France*, req. n° 35109/02.
Cour EDH, gr. ch., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04.
Cour EDH, 6 décembre 2007, *Mamousseau et Washington c/ France*, req. n° 39388/05.
Cour EDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, req. n° 35991/04.
Cour EDH, gr. ch., 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, req. n° 43546/02.
Cour EDH, 14 février 2008, *Hadri-Vionnet c/ Suisse*, req. n° 55525/00.
Cour EDH, 25 septembre 2008, *Baylac-Ferrer et Suarez c/ France*, req. n° 27977/04.
Cour EDH, 4 décembre 2008, *Adam c/ Allemagne*, req. n° 44036/08.
Cour EDH, 13 janvier 2009, *Todorova c/ Italie*, req. n° 33932/06.
Cour EDH, 5 mai 2009, *Menéndez Garcia c/ Espagne*, req. n° 21046/07, décision d'irrecevabilité.
Cour EDH, 26 mai 2009, *Amanalachioai c/ Roumanie*, req. n° 4023/04.
Cour EDH, 26 novembre 2009, *Vautier c/ France*, req. n° 28499/05.

2010-2014

Cour EDH, 1^{er} avril 2010, *S.H. et autres c/ Autriche*, req. n° 57813/00.
Cour EDH, 27 avril 2010, *Moretti et Benedetti c/ Italie*, req. n° 16318/07.
Cour EDH, 6 juillet 2010, *Grönmark c/ Finlande*, req. n° 17038/04.
Cour EDH, 6 juillet 2010, *Backlund c/ Finlande*, req. n° 36498/05.
Cour EDH, 2 septembre 2010, *Mincheva c/ Bulgarie*, req. n° 21558/03.
Cour EDH, 2 novembre 2010, *Nistor c/ Roumanie*, req. n° 14565/05.
Cour EDH, 30 novembre 2010, *P. V. c/ Espagne*, req. n° 35159/09.
Cour EDH, gr. ch., 16 décembre 2010, *A. B. et C. c/ Irlande*, req. n° 25579/05.
Cour EDH, 11 janvier 2011, *Bordeianu c/ Moldava*, req. n° 49868/08.
Cour EDH, 1^{er} février 2011, *Karoussiotis c/ Portugal*, req. n° 23205/08.
Cour EDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannis c/ Grèce*, req. n° 56759/08.
Cour EDH, 17 mai 2011, *Izevbekhai et autres c/ Irlande*, n° 43408/08.
Cour EDH, 26 mai 2011, *R.R. c/ Pologne*, req. n° 27617/04.
Cour EDH, 15 septembre 2011, *Schneider c/ Allemagne*, req. n° 17080/07.
Cour EDH, 16 septembre 2011, *Pascaud c/ France*, req. n° 19535/08.
Cour EDH, gr. ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*, req. n° 57813/00.
Cour EDH, 6 décembre 2011, *Iyilik c/ Turquie*, req. n° 2899/05.
Cour EDH, 6 décembre 2011, *Cengiz kiliç c/ Turquie*, req. n° 16192/06.
Cour EDH, 8 mars 2012, *Celice c/ France*, req. n° 14166/09.
Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, req. n° 25951/07.
Cour EDH, 20 mars 2012, *Des CAS et CS c/ Roumanie*, req. n° 26692/05.
Cour EDH, 10 avril 2012, *Pontes c/ Portugal*, n° 19554/09.
Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godelli c/ Italie*, req. n° 33783/09.

Cour EDH, 30 octobre 2012, *P. et S. c/ Pologne*, req. n° 57375/08.
 Cour EDH, 11 décembre 2012, *Ball c/ Andorre*, req. n° 40628/10.
 Cour EDH, 18 décembre 2012, *Meirelles c/ Bulgarie*, req. n° 66203/10.
 Cour EDH, 12 février 2013, *Krisztian Barnabas Toth c/ Hongrie*, req. n° 48494/06.
 Cour EDH, 19 février 2013, *X. et a. c/ Autriche*, req. n° 19010/07.
 Cour EDH, 14 mars 2013, *B. B. et F. B. c/ Allemagne*, req. n° 18734/09 et req. n° 9424/11.
 Cour EDH, 18 juin 2013, *R. M. S. c/ Espagne*, req. n° 28775/12.
 Cour EDH, 27 août 2013, *De Ram c/ France*, req. n° 38275/10, décision d'irrecevabilité.
 Cour EDH, 26 septembre 2013, *Zambotto Perrin c/ France*, req. n° 4962/11.
 Cour EDH, 12 novembre 2013, *Söderman c/ Suède*, req. n° 5786/08.
 Cour EDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c/ France*, n° 32265/10.
 Cour EDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c/ Italie*, req. n° 77/07.
 Cour EDH, 21 janvier 2014, *Zhou c/ Italie*, req. n° 33773/11.
 Cour EDH, 18 février 2014, *A. L. c/ Pologne*, req. n° 28609/08.
 Cour EDH, 25 février 2014, *Ostace c/ Roumanie*, req. n° 12547/06.
 Cour EDH, 5 juin 2014, *I. S. c/ Allemagne*, req. n° 31021/08.
 Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, req. n° 65192/11.
 Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c/ France*, req. n° 65941/11.

2. – Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 18 mars 2014, *Mme D. c/ S. T.*, n° C-167/12.
 CJUE, 18 mars 2014, *Z. c/ A Government department, The Board of management of a community school*, n° C-363/12.

II. – Conseil constitutionnel

1970-1999

Cons. const., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 74-54 DC.
 Cons. const., 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, n° 94-343/344 DC.

2000-2009

Cons. const., 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, n° 2001-446 DC.
 Cons. const., 30 mars 2006, *Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*, n° 2006-535 DC.

2010-2014

Cons. const., 11 juin 2010, *M. Viviane L.* [Loi dite "anti-Perruche"], n° 2010-2 QPC.

Cons. const., 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié], n° 2010-39 QPC.

Cons. const. 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], n° 2010-92 QPC.

Cons. const., 16 septembre 2011, *M. Claude N.* [Définition des délits et crimes incestueux], n° 2011-163 QPC.

Cons. const., 17 février 2012, *M. Bruno L.* [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses], n° 2011-222 QPC.

Cons. const., 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* [Accès aux origines personnelles], n° 2012-248 QPC.

Cons. const., 27 juillet 2012, *Mme Annie B.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], n° 2012-268 QPC.

Cons. const., 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, n° 2013-669 DC.

Cons. const., 1^{er} août 2013, *Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*, n° 2013-674 DC.

Cons. const., 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, n° 2014-700 DC.

III. – Jurictions de l'ordre judiciaire

1. – Cour de cassation

1800-1899

Cass. crim., 17 décembre 1819, *S.*, 1819-1821, chron., p. 152.

Cass., 3 mars 1856, LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : PUF, 1996, § 272.

Cass. civ., 8 juillet 1857, *D.*, 1857, I, 275.

Cass. req., 15 mars 1864, *S.*, 1864, I, 155.

Cass., 27 juillet 1879, LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : PUF, 1996, § 272.

1920-1959

Cass. crim., 31 mars 1926, *DH.*, 1926, p. 284.

Cass. crim., 16 mars 1939, *Bull. crim.*, n° 58.

Cass. crim., 14 janvier 1943, *Bull. crim.*, n° 3.

Cass. crim., 28 février 1956, *Bull. crim.*, n° 201.

Cass. crim., 6 mars 1956, *Bull. crim.*, n° 218.

Cass. crim., 28 novembre 1956, *Bull. crim.*, n° 783.

Cass. crim., 7 février 1957, *Bull. crim.*, n° 126.

Cass. civ. 1^{ère}., 12 février 1957, *Bull. civ. I*, n° 71.

Cass. crim., 26 mars 1957, *Bull. crim.*, n° 282.

Cass. crim., 14 octobre 1958, *D.*, 1959, somm., p. 15.

1960-1969

Cass. civ. 1^{ère}., 12 février 1960, *Bull. civ. I*, n° 120.

Cass. civ. 1^{ère}., 3 janvier 1964 ; *RTD civ.* 1964, p. 544, obs. DESBOIS (H.).

Cass. crim., 27 février 1964, *Bull. crim.*, n° 72.

Cass. civ. 2^{ème}., 12 novembre 1964, *Bull. civ. II*, n° 713.

Cass. civ. 1^{ère}., 28 juin 1965, *Bull. civ. I*, n° 424.

Cass. civ., 1^{ère}., 29 novembre 1965, *Bull. civ. I*, n° 653.

Cass. crim., 22 février 1966, *Bull. crim.*, n° 55.

Cass. civ. 1^{ère}., 15 février 1967, *Bull. civ. I*, n° 67.

Cass. crim., 21 février 1967, *Bull. crim.*, n° 73.

Cass. crim., 8 mars 1967, *Gaz. pal.*, 1967, I, p. 208.

Cass. civ. 1^{ère}., 10 avril 1967, *Bull. civ. I*, n° 115.

Cass. crim., 29 juin 1967, *Bull. crim.*, n° 199.

Cass. civ., 1^{ère}., 28 janvier 1969, *Bull. civ. I*, n° 43.

1970-1979

Cass. crim., 4 juin 1970, *Bull. crim.*, n° 183.

Cass. crim., 2 juillet 1970, *Bull. crim.*, n° 223.

Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 1971, *Bull. civ. I*, n° 41.

Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 1971, *Bull. civ. I*, n° 42.

Cass. civ. 1^{ère}., 26 janvier 1972, *Bull. civ. I*, n° 26.

Cass. crim., 17 février 1972, *Bull. crim.*, n° 68.

Cass. crim., 29 février 1972, *Bull. crim.*, n° 364.

Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 135.

Cass. ass. plén., 23 juin 1972, *Bull. ass. plén.*, n° 2.

Cass. crim., 4 janvier 1973, *Bull. crim.*, n° 3.

Cass. civ. 2^{ème}., 16 mai 1973, *Bull. civ. II*, n° 166.

Cass. civ. 1^{ère}., 23 octobre 1973, *Bull. civ. I*, n° 276.

Cass. civ. 1^{ère}., 23 octobre 1973, *Bull. civ. I*, n° 277.

Cass. civ. 1^{ère}., 7 novembre 1973, *Bull. civ. I*, n° 296.

Cass. crim., 13 novembre 1973, *Bull. crim.*, n° 414.

Cass. crim., 16 janvier 1974, *Bull. crim.*, n° 23.

Cass. civ. 1^{ère}., 22 mai 1974, *Bull. civ. I*, n° 155.

Cass. civ. 1^{ère}., 26 février 1975, *D.*, 1975, somm., p. 62.

Cass. crim., 11 mars 1975, *Gaz. pal.*, 1975, II, p. 507.

Cass. civ. 1^{ère}., 27 avril 1976, *Bull. civ. I*, n° 139.

Cass. civ. 1^{ère}., 11 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 162.

Cass. crim., 29 juin 1976, *Bull. crim.*, n° 375.

Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 357.

Cass. civ. 1^{ère}., 15 février 1977, *Bull. civ. I*, n° 69.

Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1977, *Bull. civ. I*, n° 90.
Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} mars 1977, *RTD civ.*, 1977, p. 321, obs. RAYNAUD (P.).
Cass. civ. 1^{ère}., 4 janvier 1978, *Bull. civ. I*, n° 1.
Cass. crim., 14 février 1978, *Bull. crim.*, n° 56.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 juillet 1978, *Bull. civ. I*, n° 249.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 285.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 286.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 287.
Cass. crim., 11 octobre 1978, *D.*, 1979, IR, p. 120.
Cass. civ. 1^{ère}., 18 décembre 1978, *Bull. civ. I*, n° 392.
Cass. civ. 1^{ère}., 16 janvier 1979, *Bull. civ. I*, n° 22.
Cass. civ. 1^{ère}., 8 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 133.
Cass. civ. 1^{ère}., 29 octobre 1979, *Bull. civ. I*, n° 265.

1980-1989

Cass. civ. 1^{ère}., 3 janvier 1980, *Bull. civ. I*, n° 1.
Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 80.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 mai 1980, *Bull. civ. I*, n° 135.
Cass. crim., 21 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 157.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 mai 1980, *Bull. civ. I*, n° 158.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 novembre 1980, *Bull. civ. I*, n° 306.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 1.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 5.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 mars 1981, *Bull. civ. I*, n° 81.
Cass. crim., 23 mars 1981, *Bull. crim.*, n° 101.
Cass. civ. 1^{ère}., 31 mars 1981 *Bull. civ. I*, n° 109.
Cass. civ. 1^{ère}., 10 juin 1981, *Bull. civ. I*, n° 205.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 336.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 novembre 1981, *JCP*, 1983, II, 19985.
Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 365.
Cass. civ. 1^{ère}., 15 décembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 379.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 février 1982, *Bull. civ. I*, n° 78.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 avril 1982, *Bull. civ. I*, n° 125.
Cass. crim., 24 mai 1982, *Bull. crim.*, n° 133.
Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} décembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 346.
Cass. crim., 20 août 1983, *Bull. crim.*, n° 229 ; *RSC*, 1984, p. 73, obs. LEVASSEUR (G.).
Cass. crim., 6 décembre 1983, *Bull. crim.*, n° 238.
Cass. crim., 14 février 1984, *Bull. crim.*, n° 52.
Cass. crim., 20 mars 1984, *Bull. crim.*, n° 114.
Cass. crim., 27 avril 1984, *Bull. crim.*, n° 149.
Cass. crim., 3 mai 1984, *Bull. crim.*, n° 154.
Cass. crim., 15 mai 1984, *Bull. crim.*, n° 175.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 juillet 1984, *Bull. civ. I*, n° 234.

Cass. crim., 4 décembre 1984, *Bull. crim.*, n° 385.
 Cass. crim., 11 décembre 1984, *Bull. crim.*, n° 393.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 décembre 1984, *Bull. civ. I*, n° 334.
 Cass. crim., 4 janvier 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 10.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 février 1985, *Bull. civ. I*, n° 56.
 Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 1985, *Bull. civ. I*, n° 71.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 1985, *Bull. civ. I*, n° 88.
 Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1985, *Bull. civ. I*, n° 247.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 novembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 293.
 Cass. civ. 1^{ère}., 20 novembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 315.
 Cass. crim., 22 avril 1986, *Bull. crim.*, n° 136 ; *RSC*, 1986, p. 851, obs. LEVASSEUR (G.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 5 mai 1986, *Bull. civ. I*, n° 112.
 Cass. civ. 1^{ère}., 22 juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 218.
 Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} octobre 1986, *RTD civ.*, 1987, p. 81, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 8 octobre 1986, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *Deffrénois*, 1987, art. 33978, n° 40, p. 775, obs. MASSIP (J.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 38.
 Cass. civ. 1^{ère}., 24 mars 1987, *Bull. civ. I*, n° 107.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 176.
 Cass. civ. 1^{ère}., 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 235.
 Cass. civ. 1^{ère}., 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 246.
 Cass. civ. 2^{ème}., 7 octobre 1987, *Bull. civ. I*, n° 190.
 Cass. crim., 26 octobre 1987, *Bull. crim.*, n° 367.
 Cass. crim., 1^{er} décembre 1987, *Bull. crim.*, n° 438.
 Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1988, *D.*, 1988, jurispr., p. 373, note MASSIP (J.).
 Cass. crim., 13 avril 1988, *D.*, 1989, jurispr., p. 461, note RENUCCI (J.-F.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 14 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 186.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 décembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 348.
 Cass. crim., 1^{er} février 1989, *Bull. crim.*, n° 42.
 Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 77.
 Cass. civ. 1^{ère}., 7 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 112.
 Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 1989, n° 87-19.600.
 Cass. civ. 2^{ème}., 12 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n° 282.
 Cass. civ. 1^{ère}., 19 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n° 299.
 Cass. civ. 1^{ère}., 22 novembre 1989, n° 88-15.039.
 Cass. civ. 1^{ère}., 22 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 357.
 Cass. civ. 1^{ère}., 13 décembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 387.
 Cass. civ. 1^{ère}., 13 décembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 389.

1990-1999

Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1990, *Bull. civ. I*, n° 47.
 Cass. crim., 21 février 1990, *Dr. pénal*, 1990, comm. n° 216, obs. VERON (M.) ; *RSC*, 1990, p. 785, obs. LEVASSEUR (G.).

Cass. civ. 1^{ère}., 2 mai 1990, n° 88-05.050.
 Cass. crim., 3 mai 1990, n° 88-84.206 ; Jurisdata n° 1990-002772.
 Cass. crim., 9 mai 1990, *Dr. pénal*, 1990, comm. n° 291.
 Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 105.
 Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 107.
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 juillet 1990, *Bull. civ. I*, n° 196.
 Cass. crim., 27 février 1991, n° 90-81.134.
 Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4.
 Cass. civ., 1^{ère}., 4 juin 1991, n° 90-05.063.
 Cass. civ. 2^{ème}., 5 juin 1991, *Bull. civ. II*, n° 173.
 Cass. crim., 13 juin 1991, *Bull. crim.*, n° 253.
 Cass. civ. 1^{ère}., 15 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 213.
 Cass. civ. 1^{ère}., 18 juin 1991, n° 89-05.057.
 Cass. civ. 1^{ère}., 18 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 204.
 Cass. civ. 1^{ère}., 18 juin 1991, n° 90-05.039.
 Cass. crim., 19 juin 1991, *Bull. crim.*, n° 265.
 Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 210.
 Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 1991, *D.*, 1992, p. 51, obs. MASSIP (J.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 3 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 340.
 Cass. civ. 1^{ère}., 17 décembre 1991, n° 91-05.030.
 Cass. civ. 1^{ère}., 21 janvier 1992, n° 90-13.114.
 Cass. crim., 31 mars 1992, n° 92-80.186.
 Cass. civ. 1^{ère}., 13 avril 1992, *Bull. civ. I*, n° 119.
 Cass. crim., 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 228.
 Cass. crim., 16 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 236 ; *D.*, 1992, jurispr. p. 75, note PROTHAIS (A.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1992, *Bull. civ. I*, n° 230.
 Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1992, n° 91-12.872.
 Cass. crim., 7 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 306.
 Cass. crim., 14 octobre 1992, *Bull. crim.*, 1992, n° 322.
 Cass. crim., 21 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 333.
 Cass. crim., 20 janvier 1993, n° 92-82.538.
 Cass. civ. 2^{ème}., 24 février 1993, *Bull. civ. II*, n° 76.
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 103.
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 104 ; *JCP G.*, 1994, II, 22244, obs. ALLAIX (M.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 mars 1993, n° 91-05.090.
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 mars 1993, n° 91-05.079.
 Cass. crim., 10 mars 1993, n° 92-84.708, *Dr. pénal*, 1993, comm. n° 151, obs. VERON (M.).
 Cass. crim., 17 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 57.
 Cass. civ. 2^{ème}., 17 mars 1993, n° 91-19.050.
 Cass. civ. 1^{ère}., 5 mai 1993, n° 90-12.823.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 juin 1993, *D.*, 1993, IR, p. 153.
 Cass. crim., 9 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 205.
 Cass. civ. 1^{ère}., 15 juillet 1993, *JCP G.*, II, 22219, obs. BENHAMOU (Y.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1993, *Bull. civ. I*, n° 265.

Cass. crim., 29 septembre 1993, n° 93-80.370.
 Cass. civ. 1^{ère}., 13 octobre 1993, *Bull. civ. I*, n° 275.
 Cass. crim., 27 octobre 1993, n° 93-81.362.
 Cass. civ. 2^{ème}., 5 janvier 1994, n° 92-14.728.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 17.
 Cass. civ. 1^{ère}., 26 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 31 ; *D.*, 1995, jurispr., p. 226, note CHOAIN (C.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 9 février 1994, n° 92-05.081.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 février 1994, *Bull. civ. I*, n° 78.
 Cass. civ. 1^{ère}., 9 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 89 ; *D.*, 1995, jurispr., p. 197, note MONTEIRO (E.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 110.
 Cass. crim., 27 avril 1994, *Bull. crim.*, n° 157.
 Cass. civ. 1^{ère}., 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 226.
 Cass. civ. 1^{ère}., 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 229.
 Cass. crim., 11 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 269.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 314.
 Cass. crim., 9 novembre 1994, n° 94-80.691.
 Cass. civ. 1^{ère}., 15 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 329.
 Cass. crim., 30 novembre 1994, *Bull. crim.*, n° 389.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 décembre 1994, *D.*, 1995, IR, p. 38.
 Cass. civ. 1^{ère}., 13 décembre 1994, n° 92-18.373.
 Cass. civ. 1^{ère}., 4 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 1.
 Cass. crim., 24 janvier 1995, *Bull. crim.*, n° 32 ; *D.*, jurispr., 1996, p. 384, note DEKEUWER-
 DEFOSSEZ (F.) et WAXIN (A.).
 Cass. civ. 2^{ème}., 25 janvier 1995, *Bull. civ. II*, n° 29.
 Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 1995, n° 92-15.579.
 Cass. crim., 1^{er} mars 1995, *Bull. crim.*, n° 92.
 Cass. civ. 1^{ère}., 28 mars 1995, *Bull. civ. I*, n° 141.
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 192.
 Cass. civ. 2^{ème}., 31 mai 1995, *Bull. civ. II*, n° 165.
 Cass. crim., 28 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 243.
 Cass. civ. 2^{ème}., 11 octobre 1995, *Bull. civ. II*, n° 232.
 Cass. civ. 1^{ère}., 25 octobre 1995, *Bull. civ. I*, n° 253.
 Cass. civ. 1^{ère}., 7 novembre 1995, n° 94-05.083.
 Cass. civ. 1^{ère}., 21 novembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 418.
 Cass. civ. 1^{ère}., 9 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 21.
 Cass. crim., 28 janvier 1996, *Bull. crim.*, n° 98.
 Cass. civ. 2^{ème}., 2 avril 1996, *Bull. civ. II*, n° 85.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 avril 1996, *Bull. civ. I*, n° 163.
 Cass. civ. 1^{ère}., 29 mai 1996, *Bull. civ. I*, n° 226.
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n° 313.
 Cass. crim., 3 septembre 1996, *Bull. crim.*, n° 311.
 Cass. crim., 4 septembre 1996, *Bull. crim.*, n° 312.
 Cass. crim., 9 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 351.
 Cass. crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 357.

Cass. civ. 1^{ère}., 15 octobre 1996, n° 94-19.312.
 Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 368.
 Cass. civ. 1^{ère}., 5 novembre 1996, n° 94-20.774.
 Cass. crim., 27 novembre 1996, *Bull. crim.*, n° 431, (2 arrêts).
 Cass. civ. 1^{ère}., 11 février 1997, n° 94-18.282.
 Cass. civ. 2^{ème}., 19 février 1997, *Bull. civ. II*, n° 56.
 Cass. crim., 11 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 95.
 Cass. crim., 18 mars 1997, n° 96-86.703.
 Cass. civ. 1^{ère}., 25 mars 1997, n° 94-18.697.
 Cass. crim., 26 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 124.
 Cass. crim., 26 mars 1997, n° 94-80.239.
 Cass. civ. 1^{ère}., 22 avril 1997, *Bull. civ. I*, n° 123.
 Cass. crim., 21 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 190.
 Cass. civ. 1^{ère}., 3 juin 1997, n° 96-05.112.
 Cass. civ. 2^{ème}., 18 juin 1997, *Bull. civ. II*, n° 190.
 Cass. civ. 1^{ère}., 18 juin 1997, n° 95-15.396.
 Cass. civ. 1^{ère}., 29 juin 1997, *Bull. civ. I*, n° 305.
 Cass. crim., 9 juillet 1997, n° 96-84.428.
 Cass. civ. 1^{ère}., 16 juillet 1997, n° 95-17.210.
 Cass. crim., 8 octobre 1997, *Bull. crim.*, n° 329 ; *D.*, 1998, somm., p. 305, note DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) ; *RSC*, 1998, p. 320, obs. MAYAUD (Y.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 21 octobre 1997, n° 95-18.694.
 Cass. crim., 19 novembre 1997, n° 96-85.025.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 décembre 1997, *Bull. civ. I*, n° 344.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 décembre 1997, n° 96-05.016.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 décembre 1997, n° 96-12.309.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 décembre 1997, n° 96-11.323.
 Cass. civ. 1^{ère}., 13 janvier 1998, n° 96-05.136.
 Cass. civ. 2^{ème}., 14 janvier 1998, n° 96-15.327.
 Cass. crim., 4 février 1998, *Bull. crim.*, n° 43.
 Cass. civ. 1^{ère}., 10 février 1998, n° 97-05.042.
 Cass. crim., 11 mars 1998, n° 96-85.262.
 Cass. civ. 2^{ème}., 29 avril 1998, *Bull. civ. II*, n° 133.
 Cass. crim., 3 mai 1998, *Bull. crim.*, n° 188 ; *RSC*, 1989, p. 108 et 112, obs. LEVASSEUR (G.).
 Cass. crim., 27 mai 1998, n° 97-83.879.
 Cass. crim., 17 juin 1998, n° 97-84.100.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 juin 1998, n° 96-16.961.
 Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 1998, *JCP G.*, 1999, I, 101, n° 19, obs. FAVIER (Y.).
 Cass. crim., 8 septembre 1998, n° 98-83.444.
 Cass. crim., 9 septembre 1998, n° 97-85.042.
 Cass. civ. 1^{ère}., 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 297 ; *D.*, 1999, jurispr., p. 123, note HUYETTE (M.) ; *Dr. famille*, 1998, comm. n° 168, obs. MURAT (P.).
 Cass. crim., 21 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 274.
 Cass. crim., 2 décembre 1998, *Bull. crim.*, n° 326.

Cass. civ. 1^{ère}., 8 décembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 347 ; *Dr. famille*, 1998, comm. n° 14, note MURAT (P.).

Cass. crim., 10 février 1999, *Bull. crim.*, n° 15.

Cass. civ. 1^{ère}., 16 février 1999, *Bull. civ. I*, n° 53.

Cass. civ. 1^{ère}., 2 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 76.

Cass. crim., 31 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 64.

Cass. civ. 1^{ère}., 13 avril 1999, n° 97-13.000.

Cass. crim., 14 avril 1999, n° 98-80.310.

Cass. crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.*, n° 81.

Cass. civ. 1^{ère}., 8 juin 1999, *Bull. civ. I*, n° 193.

Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-87.191.

Cass. civ. 1^{ère}., 22 juin 1999, *Bull. civ. I*, n° 211.

Cass. crim., 23 juin 1999, n° 98-85.530.

Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 174.

Cass. civ. 1^{ère}., 6 juillet 1999, n° 97-16.654.

Cass. civ. 1^{ère}., 15 juillet 1999, n° 97-17.497.

Cass. crim., 15 septembre 1999, n° 99-84.402.

Cass. avis, 27 septembre 1999, *Bull. avis*, n° 6.

Cass. crim., 6 octobre 1999, n° 97-85.118.

Cass. crim., 6 octobre 1999, n° 98-87.412.

Cass. civ. 1^{ère}., 6 octobre 1999, n° 98-05.090.

Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 1999, n° 98-18.916.

Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 1999, n° 97-05.002.

Cass. crim., 27 octobre 1999, *Bull. crim.*, n° 235.

Cass. crim., 4 novembre 1999, n° 98-87.300.

Cass. civ. 2^{ème}., 9 décembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 189.

Cass. civ. 1^{ère}., 14 décembre 1999, n° 98-05.074.

Cass. civ. 1^{ère}., 14 décembre 1999, *Bull. civ. I*, n° 343.

2000-2009

Cass. crim., 12 janvier 2000, *Bull. crim.*, n° 21.

Cass. civ. 2^{ème}., 20 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 14.

Cass. civ. 2^{ème}., 20 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 15.

Cass. civ. 2^{ème}., 27 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 17.

Cass. civ. 1^{ère}., 9 février 2000, n° 99-82.477.

Cass. crim., 9 février 2000, n° 98-86.579.

Cass. civ. 1^{ère}., 22 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 54.

Cass. crim., 23 février 2000, *Bull. crim.*, n° 84.

Cass. civ. 2^{ème}., 9 mars 2000, *Bull. civ. II*, n° 44.

Cass. civ. 1^{ère}., 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103.

Cass. crim., 15 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 233.

Cass. crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 250.

Cass. crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 266.

Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 230.
Cass. civ. 1^{ère}., 24 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 262.
Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, *Bull. ass. plén.*, n° 9.
Cass. crim., 22 novembre 2000, n° 00-81.705.
Cass. civ. 1^{ère}., 19 décembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 329.
Cass. civ. 1^{ère}., 23 janvier 2001, *Bull. civ. I*, n° 10 ; *D.*, 2001, p. 2151, note HUYETTE (M.).
Cass. crim., 31 janvier 2001, n° 00-84.453.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 février 2001, n° 99-18.569.
Cass. ch. mixte, 9 février 2001, *Bull. ch. mixte*, n° 13.
Cass. crim., 3 mars 2001, n° 01-85.266.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2001, n° 99-05.060.
Cass. civ. 1^{ère}., 15 mars 2001, n° 99-14.948.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 avril 2001, n° 99-19.143.
Cass. crim., 3 avril 2001, n° 01-80.623.
Cass. crim., 25 avril 2001, *Bull. crim.*, n° 99.
Cass. civ. 1^{ère}., 2 mai 2001, n° 98-18.917.
Cass. civ. 1^{ère}., 10 mai 2001, n° 00-11.083.
Cass. crim., 10 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 116.
Cass. civ. 1^{ère}., 29 mai 2001, n° 99-05.015.
Cass. crim., 21 juin 2001, n° 00-88.258.
Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 184.
Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 8.
Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 10.
Cass. crim., 3 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 199.
Cass. crim., 3 octobre 2001, n° 00-87.925.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 octobre 2001, n° 00-05.106.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 octobre 2001, n° 99-05.088.
Cass. crim., 17 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 214.
Cass. crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.*, n° 239.
Cass. crim., 28 novembre 2001, n° 01-86.218.
Cass. ass. plén., 28 novembre 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 15.
Cass. ass. plén., 28 novembre 2001, *Bull. ass. plén.*, n° 16.
Cass. crim., 23 janvier 2002, n° 01-83.505.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2002, n° 00-05.064.
Cass. crim., 6 mai 2002, *Bull. crim.*, n° 99.
Cass. crim., 15 mai 2002, n° 01-83.816.
Cass. civ. 2^{ème}., 23 mai 2002, n° 00-10.030.
Cass. civ. 2^{ème}., 6 juin 2002, *Bull. civ. II*, n° 120, (3 arrêts).
Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 144.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 juin 2002, n° 00-21.712.
Cass. crim., 25 septembre 2002, n° 01-88.556.
Cass. crim., 9 octobre 2002, n° 01-83.947.
Cass. civ. 1^{ère}., 22 octobre 2002, n° 01-05.049.
Cass. crim., 22 octobre 2002, *Bull. crim.*, n° 189.

Cass. crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 5.
 Cass. civ. 1^{ère}., 28 janvier 2003, n° 00-05.070.
 Cass. civ. 1^{ère}., 11 février 2003 n° 00-20.961.
 Cass. ass. plén., 14 février 2003, *Bull. ass. plén.*, n° 1.
 Cass. civ. 1^{ère}., 11 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 69.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 avril 2003, n° 01-05.143.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 avril 2003, n° 02-05.033 ; *JCP G.*, 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN (A.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 mai 2003, n° 01-10.849.
 Cass. civ. 2^{ème}., 7 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 129.
 Cass. civ. 2^{ème}., 22 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 157.
 Cass. civ. 1^{ère}., 27 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 128.
 Cass. civ. 1^{ère}., 3 juin 2003 n° 00-21.804.
 Cass. crim., 18 juin 2003, *Dr. pénal*, 2003, comm. n° 141, obs. VERON (M.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 28 octobre 2003, n° 01-01.415.
 Cass. civ. 1^{ère}., 25 novembre 2003, n° 02-05.038.
 Cass. civ. 1^{ère}., 25 novembre 2003, n° 01-14.070.
 Cass. crim., 2 décembre 2003, *Bull. crim.*, n° 230.
 Cass. civ. 1^{ère}., 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 2004, *Bull. civ. I*, n° 2 ; *JCP G.*, II, 10064, note LABRUSSE-RIOU (C.).
 Cass. avis, 1^{er} mars 2004, n° 00-40.001.
 Cass. civ. 1^{ère}., 2 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 66.
 Cass. crim., 24 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 78.
 Cass. civ. 1^{ère}., 30 mars 2004, n° 03-05.001.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 107.
 Cass. crim., 28 avril 2004, n° 03-85.789.
 Cass. crim., 4 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 108.
 Cass. crim., 9 juin 2004, n° 02-87.820.
 Cass. crim., 9 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 158.
 Cass. civ. 1^{ère}., 22 juin 2004, n° 02-05.079.
 Cass. crim., 2 septembre 2004, n° 04-81.037.
 Cass. civ. 1^{ère}., 3 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 246.
 Cass. crim., 10 novembre 2004, n° 04-82.576.
 Cass. crim., 8 décembre 2004, *Bull. crim.*, n° 315.
 Cass. crim., 16 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 3.
 Cass. civ. 1^{ère}., 5 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 155, obs. MURAT (P.) ; *AJ fam.*, 2005, p. 273, obs. GRATADOUR (H.) ; *RJPF*, 2005-7/51, obs. EUDIER (F.).
 Cass. crim., 5 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 118.
 Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 156, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *RTD civ.*, 2005, p. 583 et 585, obs. HAUSER (J.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 juillet 2005, n° 04-05.029.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 312.
 Cass. crim., 2 septembre 2005, *Bull. crim.*, n° 212.
 Cass. civ. 1^{ère}., 21 septembre 2005, n° 04-05.117.

Cass. crim., 12 octobre 2005, n° 05-81.192.
Cass. crim., 12 octobre 2005, *Bull. crim.*, n° 259.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 390.
Cass. crim., 26 octobre 2005, n° 05-81.053.
Cass. civ. 1^{ère}., 8 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 404.
Cass. civ. 1^{ère}., 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 434.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 464.
Cass. crim., 7 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 326.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 10.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 2006, n° 05-13.627.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 73.
Cass. civ. 1^{ère}., 24 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 101.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 février 2006, n° 05-14.484.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 103.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 147.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 161.
Cass. crim., 29 mars 2006, *RSC*, 2006, p. 828, MAYAUD (Y.).
Cass. civ. 1^{ère}., 7 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 195.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 mai 2006, n° 05-14.728.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 339.
Cass. civ. 1^{ère}., 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 388.
Cass. civ. 1^{ère}., 11 juillet 2006, n° 05-05.007.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 octobre 2006, n° 05-15.902.
Cass. civ. 1^{ère}., 30 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 452.
Cass. civ. 1^{ère}., 30 octobre 2006, n° 05-05.005.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 novembre 2006, n° 05-18.116.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 528.
Cass. crim., 28 novembre 2006, *Bull. crim.*, n° 294.
Cass. crim., 7 février 2007, *Bull. crim.*, n° 34.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 63.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 64.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 70.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 71.
Cass. crim., 21 février 2007, *Bull. crim.*, n° 55.
Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 103.
Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 112.
Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 113.
Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, n° 05-21.770.
Cass. civ. 1^{ère}., 13 mars 2007, n° 06-12.655.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 avril 2007, *Bull. civ. I*, n° 156.
Cass. crim., 3 mai 2007, n° 06-83.440.
Cass. civ. 1^{ère}., 22 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 199.
Cass. civ. 1^{ère}., 24 mai 2007, n° 06-17.611.
Cass. civ. 1^{ère}., 19 juin 2007, n° 06-18.904.

Cass. civ. 1^{ère}., 19 septembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 286.
Cass. civ. 1^{ère}., 26 septembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 303.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 octobre 2007, n° 06-18.167.
Cass. crim., 13 novembre 2007, *Bull. crim.*, n° 273.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 novembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 358.
Cass. crim., 5 décembre 2007, n° 07-80.068.
Cass. civ. 1^{ère}., 19 décembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 392.
Cass. crim., 8 janvier 2008, *Bull. crim.*, n° 3.
Cass. civ., 1^{ère}., 6 février 2008, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *Dr. famille*, 2008, comm. n° 39, obs. LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ; *AJ fam.*, 2008, p. 168, obs. CHENEDE (F.) ; *RJPF*, 2008-5/18, obs. LEBORGNE (A.).
Cass. civ., 1^{ère}., 6 février 2008, n° 07-12.948.
Cass. crim., 18 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 65.
Cass. civ. 1^{ère}., 27 mars 2008, n° 07-14.301.
Cass. crim., 9 avril 2008, n° 08-80.365.
Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, n° 06-21.405.
Cass. civ. 1^{ère}., 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n° 106.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 mai 2008, n° 07-13.863.
Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.*, n° 139.
Cass. civ. 1^{ère}., 11 juin 2008, n° 07-11.425.
Cass. civ. 2^{ème}., 19 juin 2008, *Bull. civ. II*, n° 144.
Cass. civ. 1^{ère}., 9 juillet 2008, n° 07-19.217 et n° 07-19.218.
Cass. civ. 1^{ère}., 9 juillet 2008, n° 07-12.633.
Cass. crim., 3 septembre 2008, n° 08-84.092.
Cass. crim., 23 septembre 2008, *Bull. crim.*, n° 195.
Cass. crim., 13 novembre 2008, n° 07-83.837 et n° 07-86.644.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 276.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 279.
Cass. crim., 10 décembre 2008, *Bull. crim.*, n° 250.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 289.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 2.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 janvier 2009, n° 07-19.579.
Cass. civ. 1^{ère}., 16 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 22.
Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 08-81.180.
Cass. civ., 1^{ère}., 11 février 2009, n° 08-11.337.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 38.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 février 2009, n° 08-18.126.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 mars 2009, *Bull. civ. I*, n° 42.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 mars 2009, *Bull. civ. I*, n° 66.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 mars 2009, n° 08-14.917.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 mai 2009, n° 08-15.333.
Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} juillet 2009, n° 08-12.712.
Cass. civ. 1^{ère}., 8 juillet 2009, *Bull. civ. I*, n° 158.
Cass. civ. 1^{ère}., 30 septembre 2009, *Bull. civ. I*, n° 194.

Cass. civ. 1^{ère}., 28 octobre 2009, *Bull. civ. I*, n° 213.
Cass. civ. 1^{ère}., 19 novembre 2009, n° 09-68.179.
Cass. crim., 23 novembre 2009, *Bull. crim.*, n° 182.
Cass. civ. 1^{ère}., 9 décembre 2009, n° 08-18.145.

2010-2014

Cass. civ. 1^{ère}., 6 janvier 2010, *Bull. civ. I*, n° 3.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 février 2010, *Bull. civ. I*, n° 33.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 février 2010, n° 08-70.385.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 64.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 avril 2010, n° 09-13.686.
Cass. civ. 1^{ère}., 15 avril 2010, n° 09-14.939.
Cass. civ. 1^{ère}., 27 mai 2010, *Bull. civ. I*, n° 120.
Cass. civ. 1^{ère}., 27 mai 2010, n° 09-65.838.
Cass. civ. 1^{ère}., 3 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 128.
Cass. civ. 1^{ère}., 9 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 130 ; *D.*, 2010, p. 2343, note HUYETTE (M.) ; *D.*, p. 2092, obs. AUROY (N.) ; *D.*, 2011, p. 1995, obs. GOUTTENOIRE (A.) ; *AJ fam.*, 2010, p. 325, obs. DURAND (E.) ; *RTD civ.*, 2010, p. 546, obs. HAUSER (J.) ; *Petites affiches*, 31 mai 2011, n° 107, p. 17, note AUTEM (D.).
Cass. civ. 1^{ère}., 23 juin 2010, *Bull. civ. I*, n° 143.
Cass. civ. 1^{ère}., 8 juillet 2010, *Bull. civ. I*, n° 158.
Cass. civ. 1^{ère}., 8 juillet 2010, *Bull. civ. I*, n° 162.
Cass. ass. plén., 8 juillet 2010, n° 10-10.385, QPC.
Cass. avis, 13 septembre 2010, n° 10-00.004 ; *Bull. avis*, n° 4.
Cass. crim., 23 septembre 2010, *Bull. crim.*, n° 139.
Cass. crim., 23 septembre 2010, *Bull. crim.*, n° 141.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 octobre 2010, n° 08-70.462.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 octobre 2010, *Bull. civ. I*, n° 205.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 octobre 2010, *Bull. civ. I*, n° 210.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 octobre 2010, n° 09-67.468.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 novembre 2010, n° 09-15.165.
Cass. civ. 1^{ère}., 17 novembre 2010, *Bull. civ. I*, n° 236.
Cass. crim., 24 novembre 2010, n° 10-85.431.
Cass. crim., 14 décembre 2010, n° 10-80.909.
Cass. civ. 1^{ère}., 15 décembre 2010, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *RTD civ.*, 2011, p. 114, note HAUSER (J.) ; *RLDC*, 2011/79, n° 4139, obs. GALLOIS (J.).
Cass. civ. 1^{ère}., 15 décembre 2010, *Bull. civ. I*, n° 265.
Cass. civ. 1^{ère}., 12 janvier 2011, n° 09-71.572.
Cass. civ. 1^{ère}., 12 janvier 2011, n° 09-71.572.
Cass. civ. 1^{ère}., 12 janvier 2011, *Bull. civ. I*, n° 9 ; *JCP G.*, 2011, note 415, obs. BOSSE-PLATIERE (H.), GOUTTENOIRE (A.) ; *RJPF*, 2011-4/32, obs. GARE (T.).
Cass. civ. 1^{ère}., 9 février 2011, n° 09-12.119.
Cass. civ. 1^{ère}., 9 février 2011, n° 10-14.144.

Cass. crim., 16 février 2011, *Bull. crim.*, n° 31.
 Cass. civ. 1^{ère}., 24 février 2011, n° 10-40.067, QPC.
 Cass. civ. 1^{ère}., 9 mars 2011, n° 10-10.385 ; *Bull. civ. I*, n° 52.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 mars 2011, *Bull. civ. I*, n° 59.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 71.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 72.
 Cass. crim., 27 avril 2011, n° 10-82.200.
 Cass. crim., 28 avril 2011, n° 11-80.617.
 Cass. civ. 1^{ère}., 26 mai 2011, n° 10-15.550.
 Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} juin 2011, *Bull. civ. I*, n° 104.
 Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} juin 2011, *Bull. civ. I*, n° 105.
 Cass. crim., 8 juin 2011, n° 10-87.050.
 Cass. civ. 1^{ère}., 16 juin 2011, n° 10-17.720.
 Cass. civ. 1^{ère}., 29 juin 2011, n° 10-19.698.
 Cass. civ. 1^{ère}., 28 septembre 2011, n° 10-23.502.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, n° 10-20.741.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, n° 10-23.071.
 Cass. crim., 12 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 206.
 Cass. crim., 12 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 207.
 Cass. crim., 12 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 208.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 octobre 2011, n° 11-40.062, QPC ; *RTD civ.*, 2012, p. 86, obs. HAUSER (J.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, n° 10-30.714.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, *Bull. civ. I*, n° 202.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, n° 10-16.367 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 30, obs. NEIRINCK (C.).
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 novembre 2011, n° 10-26.271 ; *RTD civ.*, 2012, p. 86, obs. HAUSER (J.).
 Cass. crim., 13 décembre 2011, n° 11-82.313.
 Cass. civ. 1^{ère}., 15 décembre 2011, *Bull. civ. I*, n° 216.
 Cass. civ. 1^{ère}., 19 janvier 2012, *Bull. civ. I*, n° 11, QPC.
 Cass. civ., 15 février 2012, n° 11-13.883.
 Cass. crim., 15 février 2012, n° 11-83.393.
 Cass. crim., 14 mars 2012, *Bull. crim.*, n° 74.
 Cass. civ. 1^{ère}., 12 avril 2012, n° 11-20.357.
 Cass. civ. 1^{ère}., 23 mai 2012, n° 12-40.025, QPC.
 Cass. crim., 23 mai 2012, *Bull. crim.*, n° 134.
 Cass. civ. 1^{ère}., 6 juin 2012, n° 11-27.071 ; *Bull. civ. I*, n° 121, QPC.
 Cass. civ. 1^{ère}., 7 juin 2012, *Bull. civ. I*, n° 125.
 Cass. civ. 1^{ère}., 7 juin 2012, *Bull. civ. I*, n° 126.
 Cass. civ. 1^{ère}., 20 juin 2012, *Bull. civ. I*, n° 135.
 Cass. civ. 1^{ère}., 15 septembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 32.
 Cass. crim., 3 octobre 2012, n° 12-90.052, QPC.
 Cass. crim., 3 octobre 2012, *Bull. crim.*, n° 212.
 Cass. crim., 3 octobre 2012, n° 11-87.051.

Cass. crim., 9 octobre 2012, *Bull. crim.*, n° 213.
Cass. civ. 1^{ère}., 24 octobre 2012, *Bull. civ. I*, n° 212.
Cass. crim., 30 octobre 2012, n° 11-84.152.
Cass. crim., 6 novembre 2012, n° 11-86.857.
Cass. civ. 1^{ère}., 7 novembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 232.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 novembre 2012, n° 11-23.170.
Cass. crim., 4 décembre 2012, n° 12-86.347.
Cass. civ. 1^{ère}., 5 décembre 2012, n° 11-19.779.
Cass. crim., 8 janvier 2013, n° 12-86.715.
Cass. crim., 20 février 2013, n° 11-86.824.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2013, n° 12-16.859.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2013, n° 11-22.770.
Cass. civ. 1^{ère}., 6 mars 2013, n° 12-17.183.
Cass. avis, 25 mars 2013, n° 12-70.019.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 mars 2013, n° 11-28.301.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 mars 2013, n° 13-40.001, QPC.
Cass. civ. 1^{ère}., 9 avril 2013, n° 11-27.071 ; *Bull. civ. I*, n° 66.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 mai 2013, n° 13-10.622, QPC.
Cass. civ. 1^{ère}., 15 mai 2013, n° 12-12.224.
Cass. civ. 1^{ère}., 29 mai 2013, n° 12-15.901.
Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-82.622, QPC.
Cass. civ. 1^{ère}., 12 juin 2013, n° 12-13.402.
Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-17.275.
Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-15.677.
Cass. civ. 1^{ère}., 26 juin 2013, n° 12-14.392.
Cass. crim., 7 août 2013, n° 13-90.015, QPC.
Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-30.138.
Cass. civ. 1^{ère}., 13 septembre 2013, n° 12-18.315.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 septembre 2013, n° 12-21.118.
Cass. civ. 1^{ère}., 25 septembre 2013, n° 12-22.956.
Cass. crim., 16 octobre 2013, *Bull. crim.*, n° 192.
Cass. crim., 23 octobre 2013, n° 12-80.793 ; *RGDM*, 2013, n° 50, p. 241, obs. ARCHER (F.).
Cass. civ. 1^{ère}., 23 octobre 2013, n° 12-20.560.
Cass. civ. 1^{ère}., 23 octobre 2013, n° 13-40.054, QPC.
Cass. civ. 1^{ère}., 20 novembre 2013, n° 12-26.444.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 décembre 2013, n° 13-10.618.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 décembre 2013, n° 12-26.066.
Cass. civ. 1^{ère}., 4 décembre 2013, n° 12-27.431.
Cass. crim., 18 décembre 2013, n° 13-90.031, QPC.
Cass. crim., 18 décembre 2013, n° 13-81.129.
Cass. crim., 29 janvier 2014, n° 13-81.918.
Cass. civ. 1^{ère}., 12 février 2014, n° 13-13.674.
Cass. civ. 1^{ère}., 5 mars 2014, n° 13-13.530.
Cass. civ. 1^{ère}., 19 mars 2014, n° 13-50.005.

Cass. avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010.
Cass. crim., 29 avril 2014, n° 13-84.207.
Cass. civ. 1^{ère}., 14 mai 2014, n° 13-16.535.
Cass. civ. 1^{ère}., 28 mai 2014, n° 13-12.337.
Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.006.
Cass. avis, 22 septembre 2014, n° 14-70.007.

2. – Cours d'appel

1800-1900

CA Caen, 11 juin 1866, *S.*, 1867, II, 151.

1940-1969

CA Lyon, 12 juin 1943, *JCP G.*, 1943, II, 2504.
CA Paris, 15 juin 1951, *D.*, 1951, jurispr., p. 568.
CA Grenoble, 9 avril 1954, *D.*, 1954, jurispr., p. 375.
CA Paris, 5 juillet 1968, *JCP G.*, 1968, II, 1540, obs. RAYNAUD (P.).
CA Paris, 21 novembre 1968, *RTD civ.*, 1969, p. 320, obs. NERSON (R.).

1970-1979

CA Rennes, 22 janvier 1970, *RSC*, 1971, p. 125, obs. LEVASSEUR (G.).
CA Paris, 8 juin 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, II, p. 871.
CA Paris, 27 janvier 1977, *Dr. enf. fam.*, 1977/2, p. 93.
Cass. civ. 1^{ère}., 18 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 312.

1980-1989

CA Paris, 24 février 1982, *Jurisdata* n° 1982-023172.
CA Paris, 29 juillet 1982, *Rev. Pénit.*, 1984, p. 100, note AUBY (J.-M.).
Cass. civ. 1^{ère}., 8 novembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 323.
CA Nancy, 3 décembre 1982, *Jurisdata* n° 1982-601037.
CA Rennes, 28 janvier 1983, *Dr. enf. fam.*, 1983/1, p. 254.
CA Paris, 29 novembre 1983, *Jurisdata* n° 1983-030902.
CA Paris, 22 décembre 1983, *Jurisdata* n° 1983-030798.
CA Bourges, 2 mars 1984, *Defrénois*, 1984, art. 33230, p. 278, n° 1, note MASSIP (J.).
CA Reims, 19 avril 1984, *Jurisdata* 1984-043231.
CA Paris, 24 mai 1984, *Jurisdata* n° 1984-024602.
CA Paris, 6 juillet 1984, *Jurisdata* n° 1984-025037.
CA Douai, 12 juillet 1984, *Jurisdata* n° 1984-042717.
CA Paris, 6 novembre 1984, *Jurisdata* n° 1984-026719.
CA Nîmes, 10 janvier 1985, *Jurisdata* n° 1985- 030228.

CA Lyon, 27 février 1985, Jurisdata n° 1985-600766.
CA Paris, 25 avril 1985, Jurisdata n° 1985-022504.
CA Bourges, 23 octobre 1985, Jurisdata n° 1985-044231.
CA Pau, 23 avril 1986, Jurisdata n° 1986-041992.
CA Paris, 6 novembre 1986, Jurisdata n° 1986-026950.
CA Paris, 5 décembre 1986, Jurisdata n° 1986-027357.
CA Paris, 5 décembre 1986, Jurisdata n° 1986-027478.
CA Paris, 8 décembre 1986, Jurisdata n° 1986-026947.
CA Paris, 5 mai 1987, Jurisdata n° 1987-023382.
CA Aix-en-Provence, 21 mai 1987, Jurisdata n° 1987-043401.
CA Agen, 8 juillet 1987, *RTD civ.*, 1993, p. 111, note HAUSER (J.).
CA Paris, 10 juillet 1987, *D.*, 1987, IR, p. 197 ; *RSC*, 1989, p. 109, obs. LEVASSEUR (G.).
CA Versailles 18 décembre 1987, Jurisdata n° 1987-048279.
CA Dijon, 19 mai 1988, *D.*, 2000, somm., p. 174, obs. AUTEM (D.).
CA Aix-en-Provence, 24 mai 1988, RG n° 87/7129 ; Jurisdata n° 1988-046248.
CA Paris, 8 juillet 1988, Jurisdata n° 1988-024395.
CA Pau, 22 décembre 1988, Jurisdata n° 1988-049369.
CA Limoges 26 mai 1989, Jurisdata n° 1989-042661.
CA Montpellier, 10 octobre 1989, Jurisdata n° 1989-034254.
CA Paris, 3 novembre 1989, Jurisdata n° 1989-026188.
CA Nancy, 15 décembre 1989, Jurisdata n° 1989-052663.
CA Versailles, 21 décembre 1989, Jurisdata n° 1989-051830.

1990-1999

CA Paris, 20 février 1990, Jurisdata n° 1990-020886.
CA Poitiers, 28 février 1990, Jurisdata n° 1990-044207.
CA Paris, 15 mai 1990, Jurisdata n° 1990-023084.
CA Douai, 15 mai 1990, Jurisdata n° 1990-051206.
CA Poitiers, 11 juin 1990, Jurisdata n° 1990-052170.
CA Paris, 12 octobre 1990, Jurisdata n° 1990-024386.
CA Rouen, 25 octobre 1990, *JCP G.*, II, 21794, note NEIRINCK (C.).
CA Paris, 6 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-02509.
CA Paris, 9 novembre 1990, *D.*, 1991, IR, p. 5.
CA Angers, 14 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-052104.
CA Nancy 16 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-050174.
CA Nancy, 16 novembre 1990, Jurisdata n° 1990-050120.
CA Angers, 12 décembre 1990, Jurisdata n° 1990-052105.
CA Colmar, 9 janvier 1991, Jurisdata n° 1991-043575.
CA Pau, 19 février 1991, Jurisdata n° 1991-043342.
CA Reims, 22 février 1991, Jurisdata n° 1991-042628.
CA Agen, 1^{er} mars 1991, *D.*, 1992, somm., p. 70, note PROTHAIS (A.).
CA Paris, 15 mai 1991, Jurisdata n° 1991-022067.
CA Aix-en-Provence, 25 juin 1991, Jurisdata n° 1991-045583.

CA Paris, 27 juin 1991, Jurisdata n° 1991-022650.
CA Versailles, 11 juillet 1991, Jurisdata n° 1991-043310.
CA Bordeaux, 13 août 1991, Jurisdata n° 1991-044329.
CA Nancy, 20 septembre 1991, Jurisdata n° 1991-052426.
CA Nancy, 30 septembre 1991, Jurisdata n° 1991-052441.
CA Paris, 25 octobre 1991, Jurisdata n° 1991-023923.
CA Rennes, 27 novembre 1991, Jurisdata n° 1991-049709.
CA Douai, 18 décembre 1991, *D.*, 1992, jurispr. p. 75, note PROTHAIS (A.).
CA Nancy, 31 janvier 1992, Jurisdata n° 1992-051431.
CA Paris, 12 février 1992, *D.*, 1993, somm., p. 27, obs. PENNEAU (J.).
CA Bordeaux, 20 février 1992, Jurisdata n° 1992-040741.
CA Angers, 13 mars 1992, Jurisdata n° 1992-049147.
CA Limoges, 14 mai 1992, Jurisdata n° 1992-043864.
CA Nancy, 3 avril 1992, Jurisdata n° 1992-051434.
CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051378.
CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051376.
CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051374.
CA Angers, 12 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051101.
CA Angers, 26 juin 1992, Jurisdata n° 1992-051372.
CA Montpellier, 29 juin 1992, *RTD civ.*, 1992, p. 751, note HAUSER (J.).
CA Poitiers, 9 juillet 1992, Jurisdata n° 1992-046336.
CA Montpellier, 11 août 1992, *RTD civ.*, 1993, p. 341, obs. HAUSER (J.).
CA Angers, 11 septembre 1992, Jurisdata n° 1992-051381.
CA Paris, 25 septembre 1992, Jurisdata n° 1992-022887.
CA Paris, 8 octobre 1992, Jurisdata n° 1992-022476.
CA Agen, 5 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-045961.
CA Angers, 19 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-0481174.
CA Limoges, 26 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-048318.
CA Angers, 27 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-051108.
CA Angers, 27 novembre 1992, Jurisdata n° 1992-051106.
CA Angers, 11 décembre 1992, Jurisdata n° 1992-051115.
CA Pau, 27 janvier 1993, Jurisdata n° 1993-040075.
CA Grenoble, 23 février 1993, Jurisdata n° 1993-040746.
CA Paris, 11 mars 1993, Jurisdata n° 1993-021168.
CA Rennes, 9 avril 1993, Jurisdata n° 1993-044713.
CA Rouen, 25 mai 1993, Jurisdata n° 1993-045317.
CA Paris, 29 juin 1993, Jurisdata n° 1993-022725.
CA Besançon, 12 juillet 1993, Jurisdata n° 1993-046761.
CA Paris, 24 septembre 1993, Jurisdata n° 1993-022792.
CA Bourges, 19 octobre 1993, Jurisdata n° 1993-046499.
CA Pau, 20 octobre 1993, Jurisdata n° 1993-066702.
CA Riom, 22 novembre 1993, Jurisdata n° 1993-047596.
CA Aix-en-Provence, 7 janvier 1994, Jurisdata n° 1994-049375.
CA Dijon, 21 janvier 1994, Jurisdata n° 1994-040752.

CA Grenoble, 24 janvier 1994, Jurisdata n° 1994-041527.
CA Bordeaux, 22 février 1994, Jurisdata n° 1994-040257.
CA Lyon, 1^{er} mars 1994, Jurisdata n° 1994-049670.
CA Toulouse, 18 avril 1994, RG n° 93/2563 ; *JCP G.*, 1995, II, 22472, note NEIRINCK (C.).
CA Pau, 7 juin 1994, Jurisdata n° 1994-045304.
CA Toulouse, 25 août 1994, Jurisdata n° 1994-046379.
CA Metz, 6 septembre 1994, Jurisdata n° 1994-053273.
CA Versailles, 3 novembre 1994, *JCP G.*, 1995, I, 3855, n° 23, obs. FULCHIRON (H.).
CA Caen, 12 janvier 1995, Jurisdata n° 1995-040204.
CA Paris, 24 février 1995, Jurisdata n° 1995-020577.
CA Rennes, 28 février 1995, Jurisdata n° 1995-0500766.
CA Nîmes, 7 mars 1995, Jurisdata n° 1995-030011.
CA Nancy, 5 mai 1995, Jurisdata n° 1995-044250.
CA Papeete, 28 juin 1995, Jurisdata n° 1995-045389.
CA Bordeaux, 28 juin 1995, Jurisdata n° 1995-043123.
CA Bordeaux, 20 septembre 1995, Jurisdata n° 1995-044023.
CA Rennes, 3 octobre 1995, Jurisdata n° 1995-052940.
CA Paris, 24 novembre 1995, Jurisdata n° 1995-024795.
CA Pau, 12 décembre 1995, Jurisdata n° 1995-0517000.
CA Paris, 25 janvier 1996, Jurisdata n° 1996-021691.
CA Grenoble, 31 janvier 1996, *JCP G.*, 1996, IV, 2221.
CA Paris, 16 février 1996, Jurisdata n° 1996-020966.
CA Paris, 19 mars 1996, Jurisdata n° 1996-020339.
CA Nancy, 20 mai 1996, Jurisdata n° 1996-047621.
CA Pau, 20 mai 1996, Jurisdata n° 1996-046920.
CA Paris, 13 septembre 1996, Jurisdata n° 1996-024658.
CA Paris, 26 septembre 1996, Jurisdata n° 1996-023785.
CA Paris, 10 octobre 1996, Jurisdata n° 1996-024411.
CA Nîmes, 23 octobre 1996, Jurisdata n° 1996-030468.
CA Rennes, 4 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-049887.
CA Toulouse, 20 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-049930.
CA Limoges, 21 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-047034.
CA Paris, 29 novembre 1996, Jurisdata n° 1996-023902.
CA Metz, 4 décembre 1996, *D.*, 1997, somm. p. 283, obs. AUTEM (D.).
CA Versailles, 12 décembre 1996, Jurisdata n° 1996-022630.
CA Rennes, 16 décembre 1996, Jurisdata n° 1996-049896.
CA Aix-en-Provence, 5 mars 1997, Jurisdata n° 1997-040510.
CA Aix-en-Provence, 5 mars 1997, Jurisdata n° 1997-040784.
CA Lyon, 28 mars 1997, *RSC*, 1997, p. 636, obs. MAYAUD (Y.).
CA Paris, 23 mai 1997, Jurisdata n° 1997-022244.
CA Pau, 26 mai 1997, Jurisdata n° 1997-044300.
CA Paris, 10 juin 1997, Jurisdata n° 1997-022630.
CA Bordeaux, 25 juin 1997, Jurisdata n° 1997-046878.
CA Versailles, 3 juillet 1997, Jurisdata n° 1997-047377.

CA Paris, 19 septembre 1997, Jurisdata n° 1997-023236.
CA Aix-en-Provence, 6 octobre 1997, Jurisdata n° 1997-045018.
CA Pau, 21 octobre 1997, RG n° 98/3886.
CA Rennes, 3 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-048995.
CA Paris, 14 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-023539.
CA Limoges, 26 novembre 1997, Jurisdata n° 1997-048116.
CA Douai, 12 décembre 1997, Jurisdata n° 1997-047053.
CA Nancy, 15 décembre 1997, Jurisdata n° 1997-049781.
CA Riom, 16 décembre 1997, Jurisdata n° 1999-990084.
CA Paris, 6 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-02044.
CA Pau, 19 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040817.
CA Rouen, 26 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040719.
CA Aix-en-Provence, 28 janvier 1998, Jurisdata n° 1998-040224.
CA Caen, 30 avril 1998, Jurisdata n° 1998-055657 ; *RTD civ.*, 1999, p. 813, obs. HAUSER (J.).
CA Dijon, 17 juin 1998, Jurisdata n° 1998-043681.
CA Versailles, 25 juin 1998, *Bull. inf. C. cass.*, n° 488, mars 1999, n° 266.
CA Papeete, 5 novembre 1998, Jurisdata n° 1998-047874.
CA Papeete 3 décembre 1998, Jurisdata n° 1998-047875.
CA Lyon, 15 décembre 1998, Jurisdata n° 1998-055800.
CA Aix-en-Provence, 2 février 1999, Jurisdata n° 1999-041685.
CA Montpellier, 12 février 1999, *D.*, 1999, p. 29, obs. HUYETTE (M.).
CA Paris, 26 février 1999, Jurisdata n° 1999-022861.
CA Rennes, 29 mars 1999, Jurisdata n° 1999-044208.
CA Montpellier, 1^{er} avril 1999, Jurisdata n° 1999-034031.
CA Bourges 1^{er} avril 1999, Jurisdata n° 1999-043776.
CA Riom, 6 avril 1999, Jurisdata n° 1999-101932.
CA Angers, 13 avril 1999, Jurisdata n° 1999-108791.
CA Reims, 29 avril 1999, Jurisdata n° 1999-041587.
CA Paris, 4 mai 1999, Jurisdata n° 1999-023846.
CA Paris, 5 mai 1999, Jurisdata n° 1999-02383.
CA Riom, 8 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106052.
CA Pau, 22 juin 1999, Jurisdata n° 1999-043440.
CA Riom, 29 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106091.
CA Riom, 29 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106049.
CA Riom, 29 juin 1999, Jurisdata n° 1999-106050.
CA Riom, 1^{er} juillet 1999, Jurisdata n° 1999-106047.
CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044837.
CA Grenoble, 7 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-044838.
CA Aix-en-Provence, 30 juillet 1999, Jurisdata n° 1999-041229.
CA Douai, 7 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-119682.
CA Riom, 12 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-106045.
CA Riom, 12 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-103011.
CA Grenoble 13 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-045185.
CA Poitiers, 19 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-146595.

CA Rennes, 25 octobre 1999, Jurisdata n° 1999-109280.
CA Riom, 9 novembre 1999, Jurisdata n° 1999-101933.
CA Riom, 9 novembre 1999, Jurisdata n° 1999-103010.
CA Besançon, 18 novembre 1999 ; *D.* 2001, p. 1133, note PHILIPPE (C.) et POUECH (F.) ; *RTD civ.* 2001, p. 559, obs. HAUSER (J.).
CA Paris, 3 décembre 1999, Jurisdata n° 1999-112645.
CA Riom, 14 décembre 1999, Jurisdata n° 1999-106110.

2000-2009

CA Riom, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-110793.
CA Riom, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-110760.
CA Riom, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-110762.
CA Riom, 11 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-110757.
CA Paris, 13 janvier 2000, Jurisdata n° 2000-117059.
CA Riom, 8 février 2000, Jurisdata n° 2000-110766.
CA Riom, 8 février 2000, Jurisdata n° 2000-110768.
CA Bordeaux, 10 février 2000, Jurisdata n° 2000-107057.
CA Paris, 10 février 2000, RG n° 98/25682.
CA Douai, 6 mars 2000, Jurisdata n° 2000-114001.
CA Riom, 14 mars 2000, Jurisdata n° 2000-113791.
CA Riom, 14 mars 2000, Jurisdata n° 2000-119838.
CA Riom, 14 mars 2000, Jurisdata n° 2000-138095.
CA Rennes, 20 mars 2000, Jurisdata n° 2000-134933.
CA Grenoble, 3 avril 2000, Jurisdata n° 2000-119929.
CA Grenoble, 4 avril 2000, Jurisdata n° 2000-119925.
CA Paris, 13 avril 2000, Jurisdata n° 2000-117064.
CA Rennes, 4 mai 2000, RG n° 99/08141.
CA Riom, 9 mai 2000, Jurisdata n° 2000-113793.
CA Riom, 9 mai 2000, Jurisdata n° 2000-113784.
CA Douai, 11 mai 2000, *D.*, 2001, somm., p. 2871, obs. DUMAINE (L.).
CA Rennes, 15 mai 2000, RG n° 99/01575.
CA Douai, 15 mai 2000, RG n° 99/01445 ; Jurisdata n° 2000-116096.
CA Rennes, 29 mai 2000, Jurisdata n° 2000-123346.
CA Lyon, 26 juin 2000, *D.*, 2000, p. 661, obs. HUYETTE (M.).
CA Toulouse, 27 juin 2000, Jurisdata n° 2000-121272.
CA Toulouse, 27 juin 2000, Jurisdata n° 2000-117980.
CA Riom, 4 juillet 2000, Jurisdata n° 2000-765191.
CA Riom, 4 juillet 2000, Jurisdata n° 2000-119293.
CA Pau, 5 juillet 2000, Jurisdata n° 2000-122459.
CA Riom, 12 septembre 2000, Jurisdata n° 2002-125326.
CA Nîmes, 13 septembre 2000, Jurisdata n° 2000-126870.
CA Paris, 29 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 1585, note DUVERT (C.).
CA Riom, 14 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130237.

CA Lyon, 14 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-133228.
CA Poitiers, 21 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-146397.
CA Pau, 27 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130981.
CA Riom, 28 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130197.
CA Riom, 28 novembre 2000, Jurisdata n° 2000-130206.
CA Rennes, 11 décembre 2000, Jurisdata n° 2000-136508.
CA Nîmes, 13 décembre 2000, Jurisdata n° 2000-137723.
CA Riom, 16 janvier 2001, Jurisdata n° 2001-135266.
CA Douai, 23 janvier 2001, Jurisdata n° 2001-160249.
CA Rennes, 29 janvier 2001, RG n° 99/06856.
CA Paris, 1^{er} février 2001, RG n° 2000/08814.
CA Douai, 6 février 2001, RG n° 2000/5657.
CA Poitiers, 6 février 2001, Jurisdata n° 2001-146592.
CA Riom, 13 février 2001, Jurisdata n° 2001-135633.
CA Riom, 13 février 2001, Jurisdata n° 2001-135637.
CA Riom, 20 février 2001, RG n° 00/01424.
CA Riom, 27 février 2001, Jurisdata n° 2001-135307.
CA Douai, 3 mars 2001, RG n° 10/08047.
CA Paris, 6 mars 2001, Jurisdata n° 2001-137901.
CA Riom, 13 mars 2001, Jurisdata n° 2001-140964.
CA Riom, 13 mars 2001, Jurisdata n° 2001-138095.
CA Paris, 14 mars 2001, Jurisdata n° 2001-137838.
CA Riom, 20 mars 2001, Jurisdata n° 2001-138079.
CA Bordeaux, 21 mars 2001, Jurisdata n° 2001-140288.
CA Riom, 27 mars 2001, Jurisdata n° 2001-140924.
CA Paris, 29 mars 2001, RG n° 00/11036.
CA Paris, 3 avril 2001, Jurisdata n° 2001-139754.
CA Reims, 5 avril 2001, Jurisdata n° 2001-157161.
CA Riom, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-140964.
CA Riom, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-140963.
CA Riom, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-140962.
CA Montpellier, 17 avril 2001, Jurisdata n° 2001-141380.
CA Lyon, 15 mai 2001, Jurisdata n° 2001-157267.
CA Paris, 17 mai 2001, Jurisdata n° 2001-142937.
CA Versailles, 17 mai 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 866 obs. HAUSER (J.).
CA Grenoble, 18 mai 2001, CHAILLOU (P.), « Le juge des enfants est-il compétent pour statuer sur le droit de visite de grands-parents ou de tiers dans le cadre de la procédure d'assistance éducative ? », *AJ fam.*, 2007, p. 222.
CA Lyon, 22 mai 2001, Jurisdata n° 2001-154462.
CA Lyon, 25 mai 2001, CHAILLOU (P.), « Le juge des enfants est-il compétent pour statuer sur le droit de visite de grands-parents ou de tiers dans le cadre de la procédure d'assistance éducative ? », *AJ fam.*, 2007, p. 222.
CA Lyon, 29 mai 2001, Jurisdata n° 2001-154470.
CA Nîmes, 7 juin 2001, Jurisdata n° 2001-150765.

CA Riom, 12 juin 2001, Jurisdata n° 2001-149022.
CA Paris, 29 juin 2001, Jurisdata n° 2001-152768.
CA Riom, 30 juin 2001, Jurisdata n° 2001-145734.
CA Paris, 5 juillet 2001, *AJ fam.*, 2001, p. 56.
CA Riom, 31 juillet 2001, Jurisdata n° 2001-149024.
CA Nîmes, 10 octobre 2001, Jurisdata n° 2001-162569.
CA Nîmes, 10 octobre 2001, Jurisdata n° 2001-160521.
CA Riom, 16 octobre 2001, Jurisdata n° 2001-171782.
CA Bordeaux, 6 novembre 2001, Jurisdata n° 2001-167606.
CA Paris, 8 novembre 2001, *RTD civ.*, 2002, p. 85, obs. HAUSER (J.).
CA Aix-en-Provence, 12 novembre 2001, Jurisdata n° 2001-157512.
CA Montpellier, 26 novembre 2001, RG n° 01/02858 ; *Dr. famille*, 2002, comm. 120, obs. MURAT (P.).
CA Aix-en-Provence, 29 novembre 2001, Jurisdata n° 2001-175694.
CA Riom, 11 décembre 2001, Jurisdata n° 2001-173159.
CA Paris, 5 février 2002, Jurisdata n° 2002-167069.
CA Riom, 12 février 2002, Jurisdata n° 2002-176851.
CA Rennes, 18 février 2002, RG n° 01/00968 ; Jurisdata n° 2002-191331.
CA Rennes, 18 février 2002, Jurisdata n° 2002-191328.
CA Poitiers, 19 février 2002, Jurisdata n° 2002-171348.
CA Versailles, 7 mars 2002, *AJ fam.*, 2002, p. 221.
CA Montpellier, 12 mars 2002, Jurisdata n° 2002-186017.
CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, *D.*, 2003, p. 1528, note CADOU (E.).
CA Paris, 18 mars 2002, Jurisdata n° 2002-174909.
CA Pau, 19 mars 2002, Jurisdata n° 2002-181327.
CA Riom, 2 avril 2002, Jurisdata n° 2002-182573.
CA Bordeaux, 8 avril 2002, Jurisdata n° 2002-175807.
CA Nîmes, 24 avril 2002, Jurisdata n° 2002-177757.
CA Versailles, 2 mai 2002, Jurisdata n° 2002-256172.
CA Lyon, 7 mai 2002, Jurisdata n° 2002-197874.
CA Riom, 12 mai 2002, Jurisdata n° 2002-176853.
CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182507.
CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182507.
CA Riom, 14 mai 2002, Jurisdata n° 2002-182508.
CA Nîmes, 15 mai 2002, Jurisdata n° 2002-180993.
CA Rennes, 16 mai 2002, Jurisdata n° 2002-204100.
CA Douai, 27 mai 2002, Jurisdata n° 2002-202935.
CA Paris, 27 juin 2002, Jurisdata n° 2002-187960.
CA Paris, 27 juin 2002, Jurisdata n° 2002-187611.
CA Riom, 2 juillet 2002, Jurisdata n° 2002-191246.
CA Rennes, 4 juillet 2002, Jurisdata n° 2002-191286.
CA Besançon, 30 juillet 2002, RG n° 02/00016.
CA Poitiers, 13 août 2002, Jurisdata n° 2002-195784.
CA Riom, 13 août 2002, Jurisdata n° 2002-195781.

CA Paris, 14 août 2002, Jurisdata n° 2002-189277.
CA Paris, 11 septembre 2002, *D.*, IR, p. 3241.
CA Paris, 19 septembre 2002, Jurisdata n° 2002-210609.
CA Reims, 26 septembre 2002, Jurisdata n° 2002-202436.
CA Paris, 3 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-191687.
CA Riom, 8 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-199471.
CA Papeete, 24 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-196246.
CA Agen, 25 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-212346.
CA Riom, 12 novembre 2002, Jurisdata n° 2002-202446.
CA Riom, 12 novembre 2002, Jurisdata n° 2002-202505.
CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219084.
CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219077.
CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219079.
CA Riom, 10 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219080.
CA Riom, 17 décembre 2002, Jurisdata n° 2002-219061.
CA Nîmes, 17 décembre 2002, *JCP G.*, 2004, IV, 2337.
CA Orléans, 4 février 2003, Jurisdata n° 2003-224245.
CA Dijon, 6 février 2003, RG n° 02/00885.
CA Paris, 12 février 2003, Jurisdata n° 2003-212418.
CA Toulouse, 13 mars 2003, *JCP G.*, 2004, IV, 1178.
CA Paris, 3 avril 2003, Jurisdata n° 2003-208882.
CA Besançon, 25 avril 2003, Jurisdata n° 2003-224129.
CA Paris, 7 mai 2003, Jurisdata n° 2003-218094.
CA Paris, 15 mai 2003, Jurisdata n° 2003-218571.
CA Bordeaux, 15 mai 2003, Jurisdata n° 2003-216429.
CA Amiens, 28 mai 2003, Jurisdata n° 2003-220975.
CA Poitiers, 10 juin 2003, Jurisdata n° 2003-216497.
CA Lyon, 18 juin 2003, Jurisdata n° 2013-013288.
CA Toulouse, 19 juin 2003, Jurisdata n° 2003-220457.
CA Besançon, 5 septembre 2003, Jurisdata n° 2003-299919.
CA Lyon, 23 septembre 2003, Jurisdata n° 2003-238598.
CA Paris, 9 octobre 2003, Jurisdata n° 2003-224367.
CA Lyon, 14 octobre 2003, Jurisdata n° 2003-238545.
CA Douai, 29 octobre 2003, Jurisdata n° 2003-236161.
CA Aix-en-Provence, 4 novembre 2003, Jurisdata n° 2003-225786.
CA Dijon, 6 novembre 2003, Jurisdata n° 2003-229951.
CA Riom, 16 décembre 2003, RG n° 03/02126.
CA Riom, 16 décembre 2003, RG n° 03/01713.
CA Riom, 16 décembre 2003, Jurisdata n° 2003-229169.
CA Riom, 16 décembre 2003, *AJ fam.*, 2004, p. 280.
CA Bastia, 23 décembre 2003, RG n° 03/00953.
CA Saint-Denis de la Réunion, 26 décembre 2003, RG n° 02/01942.
CA Rouen, 8 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-231628.
CA Riom, 13 janvier 2004, RG n° 03/00077.

CA Paris, 22 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-233669.
CA Paris, 22 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-232821.
CA Chambéry, 27 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-238088.
CA Papeete, 30 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-247726.
CA Montpellier, 10 février 2004, Jurisdata n° 2004-238097.
CA Papeete, 12 février 2004, Jurisdata n° 2004-243978.
CA Versailles, 12 février 2004, Jurisdata n° 2004-239042.
CA Nancy, 23 février 2004, RG n° 03/01484 ; Jurisdata n° 2004-232436.
CA Nancy, 23 février 2004, RG n° 03/01590 ; Jurisdata n° 2004-232438.
CA Angers, 25 mars 2004, Jurisdata n° 2004-247382.
CA Reims, 1^{er} avril 2004, Jurisdata n° 2004-249445.
CA Poitiers, 15 avril 2004, Jurisdata n° 2004-246862.
CA Paris, 4 mai 2004, Jurisdata n° 2004-247341.
CA Reims, 6 mai 2004, Jurisdata n° 2004-249447.
CA Paris, 11 mai 2004, Jurisdata n° 2004-247323.
CA Riom, 11 mai 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361, obs. LEROYER (A.-M.).
CA Metz, 18 mai 2004, Jurisdata n° 2004-252853.
CA Paris, 23 juin 2004, Jurisdata n° 2004-244300.
CA Grenoble, 9 juillet 2004, Jurisdata n° 2004-244362 ; *Dr. famille*, 2004, comm. n° 141, note MURAT (P.).
CA Agen, 11 août 2004, Jurisdata n° 2004-247387.
CA Nîmes, 21 septembre 2004, Jurisdata n° 2004-252693.
CA Aix-en-Provence, 28 septembre 2004, Jurisdata n° 2004-281875.
CA Paris, 30 septembre 2004, Jurisdata n° 2004-263714.
CA Colmar, 5 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-267456.
CA Agen, 13 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-256579.
CA Paris, 21 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-258438.
CA Paris, 10 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-263748 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 101, obs. MURAT (P.).
CA Douai, 17 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-275001.
CA Colmar, 29 novembre 2004, Jurisdata n° 2004-277890.
CA Paris, 15 décembre 2004, Jurisdata n° 2004-266704.
CA Rennes, 6 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-264861.
CA Nouméa, 6 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-355105.
CA Nouméa, 6 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-291366.
CA Rennes, 6 janvier 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 378, obs. HAUSER (J.).
CA Metz, 11 janvier 2005, Jurisdata n° 2005-264375 ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 101, obs. MURAT (P.).
CA Paris, 2 février 2005, Jurisdata n° 2005-263350.
CA Nîmes, 2 mars 2005, Jurisdata n° 2005-278555.
CA Amiens, 9 mars 2005, Jurisdata n° 2005-277846.
CA Douai, 24 mars 2005, Jurisdata n° 2005-291354.
CA Riom, 29 mars 2005, *AJ. fam.*, 2005, p. 191, note GRATADOUR (H.).
CA Riom, 31 mars 2005, Jurisdata n° 2005-298559.

CA Agen, 31 mars 2005, Jurisdata n° 2005-272619.
CA Rennes, 4 avril 2005, Jurisdata n° 2005-292420.
CA Nancy, 12 avril 2005, Jurisdata n° 2005-279844.
CA Douai, 28 avril 2005, Jurisdata n° 2005-291292.
CA Agen, 12 mai 2005, Jurisdata n° 2005-273566.
CA Paris, 9 juin 2005, Jurisdata n° 2005-287326.
CA Aix-en-Provence, 20 juin 2005, Jurisdata n° 2005-282067.
CA Aix-en-Provence, 21 juin 2005, Jurisdata n° 2005-278622.
CA Grenoble, 29 juin 2005, Jurisdata n° 2005-288046.
CA Paris, 18 octobre 2005, Jurisdata n° 2005-298916.
CA Rouen, 27 octobre 2005, Jurisdata n° 2005-289572.
CA Nîmes, 2 novembre 2005, Jurisdata n° 2005-292404.
CA Rouen, 14 novembre 2005, Jurisdata n° 2005-305097.
CA Douai, 15 décembre 2005, Jurisdata n° 2005-311988.
CA Aix-en-Provence, 16 décembre 2005, RG n° 03/15312.
CA Aix-en-Provence, 17 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-299478.
CA Nîmes, 25 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-298021.
CA Montpellier, 26 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-302958.
CA Caen, 2 février 2006, *D.*, 2006, p. 2016 note RAOUL-CORMEIL (G.).
CA Aix-en-Provence, 2 février 2006, RG n° 04/19946.
CA Douai, 15 février 2006, Jurisdata n° 2006-301590.
CA Paris, 7 mars 2006, Jurisdata n° 2006-307981.
CA Paris, 9 mars 2006, Jurisdata n° 2006-310885.
CA Nîmes, 15 mars 2006, Jurisdata n° 2006-309677.
CA Paris, 17 mars 2006, Jurisdata n° 2006-304465.
CA Angers, 23 mars 2006, *JCP G.*, 2006, IV, 2905.
CA Montpellier, 18 avril 2006, Jurisdata n° 2006-315406.
CA Paris, 5 mai 2006, *AJ fam.*, 2006, p. 333, obs. CHENEDE (F.).
CA Nancy, 12 mai 2006, Jurisdata n° 2006-323097.
CA Rouen, 18 mai 2006, Jurisdata n° 2006-303925.
CA Pau, 6 juin 2006, RG n° 05/00202.
CA Lyon, 6 juin 2006, RG n° 05/07731.
CA Aix-en-Provence, 8 juin 2006, RG n° 05/14185.
CA Aix-en-Provence, 8 juin 2006, Jurisdata n° 2006-316465.
CA Riom, 13 juin 2006, Jurisdata n° 2006-312088.
CA Riom, 27 juin 2006, *Dr. famille*, 2006, comm. n° 204, note MURAT (P.).
CA Dijon, 27 juillet 2006, RG n° 05/00139.
CA Bourges, 14 septembre 2006, Jurisdata n° 2006-327651.
CA Nancy, 2 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-334302.
CA Bordeaux, 3 octobre 2006, RG n° 05/05996.
CA Aix-en-Provence, 3 octobre 2006, RG n° 05/14296.
CA Montpellier, 4 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-322114.
CA Montpellier, 4 octobre 2006, RG n° 05/1307.
CA Douai, 12 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-339396.

CA Rouen, 19 octobre 2006, Jurisdata n° 2006-317494.
CA Lyon, 21 novembre 2006, RG n° 06/02333.
CA Paris, 28 novembre 2006, Jurisdata n° 2006-323213.
CA Paris, 30 novembre 2006, Jurisdata n° 2006-329900.
CA Reims, 12 décembre 2006, Jurisdata n° 2006-325133.
CA Nîmes, 19 décembre 2006, Jurisdata n° 2006-329301.
CA Douai, 9 février 2007, Jurisdata n° 2007-335782.
CA Basse-Terre, 12 février 2007, Jurisdata n° 2007-334664.
CA Douai, 14 février 2007, Jurisdata n° 2007-335795.
CA Amiens, 14 février 2007, RG n° 06/03761 ; *RTD civ.*, 2008, p. 97, obs. HAUSER (J.).
CA Montpellier, 22 février 2007, Jurisdata n° 2007-326901.
CA Aix-en-Provence, 27 février 2007, Jurisdata n° 2007-343092.
CA Aix-en-Provence, 9 mars 2007, Jurisdata n° 2007-342861.
CA Aix-en-Provence, 12 mars 2007, Jurisdata n° 2007-342863.
CA Montpellier, 13 mars 2007, RG n° 06/1890.
CA Saint-Denis, 20 mars 2007, RG n° 06/01228 ; *Petites affiches*, 3 juin 2009, n° 110, p. 7, note POMART-NOMDEDEO (C.).
CA Douai, 6 avril 2007, Jurisdata n° 2007-337315.
CA Riom, 17 avril 2007, Jurisdata n° 2007-336812.
CA Montpellier, 18 avril 2007, Jurisdata n° 2007-341291.
CA Nîmes, 19 avril 2007, Jurisdata n° 2007-337195.
CA Paris, 2 mai 2007, Jurisdata n° 2007-334276.
CA Douai, 2 mai 2007, Jurisdata n° 2007-337311.
CA Rouen, 9 mai 2007, Jurisdata n° 2007-344653.
CA Douai, 15 mai 2007, Jurisdata n° 2007-337308.
CA Douai, 15 mai 2007, RG n° 07/00489.
CA Grenoble, 22 mai 2007, RG n° 06/01489.
CA Nîmes 23 mai 2007, Jurisdata n° 2007-342718.
CA Amiens, 31 mai 2007, Jurisdata n° 2007-343320.
CA Rouen, 7 juin 2007, Jurisdata n° 2007-337794.
CA Paris, 15 juin 2007, Jurisdata n° 2007-337835.
CA Lyon, 26 juin 2007, Jurisdata n° 2007-341329.
CA Paris, 29 juin 2007, Jurisdata n° 2007-339517.
CA Paris, 4 juillet 2007, Jurisdata n° 2007-339510.
CA Paris, 12 juillet 2007, Jurisdata n° 2007-338347.
CA Lyon, 25 juillet 2007, Jurisdata n° 2007-346158.
CA Grenoble, 3 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-344150.
CA Amiens, 6 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-345472.
CA Amiens, 20 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-345474.
CA Amiens, 20 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-345747.
CA Rouen, 26 septembre 2007, Jurisdata n° 2007-347283.
CA Agen, 11 octobre 2007, RG n° 06/01410.
CA Limoges, 17 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-350265.
CA Rouen, 22 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-354733.

CA Montpellier, 24 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-357221.
CA Amiens, 24 octobre 2007, Jurisdata n° 2007-345113.
CA Amiens, 7 novembre 2007, DECIMA (O.), « Le déni de grossesse, l'article 122-1 du code pénal et la faute, obs. sur C. assises Gironde, 7 septembre 2012 », *AJ pén.*, 2012, p. 651.
CA Agen, 9 novembre 2007, Jurisdata n° 2007-353630.
CA Aix-en-Provence, 5 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-359397.
CA Agen, 6 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-355105.
CA Amiens, 6 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-354557.
CA Toulouse, 18 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-353549.
CA Amiens, 20 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-354484.
CA, Douai, 10 janvier 2008, n° 2008-360450.
CA Paris, 10 janvier 2008, RG n° 06/11349.
CA Lyon, 29 janvier 2008, RG n° 07/02819.
CA Amiens, 7 février 2008, Jurisdata n° 2008-358670.
CA Dijon, 8 février 2008, RG n° 08/00011.
CA Rennes, 11 février 2008, RG n° 05/07247.
CA Montpellier, 19 février 2008, Jurisdata n° 2008-357293.
CA Toulouse, 19 février 2008, Jurisdata n° 2008-358630.
CA Aix-en-Provence, 20 février 2008, Jurisdata n° 2008-365853.
CA Amiens, 28 février 2008, Jurisdata n° 2008-358660.
CA Amiens, 28 février 2008, Jurisdata n° 2008-358661.
CA Versailles, 4 mars 2008, RG n° 07/2580.
CA Nîmes, 12 mars 2008, RG n° 06/04199.
CA Amiens, 13 mars 2008, Jurisdata n° 2008-358659.
CA Aix-en-Provence, 19 mars 2008, Jurisdata n° 2008-367965.
CA Agen, 26 mars 2008, RG n° 07/00362.
CA Bastia, 26 mars 2008, Jurisdata n° 2008-360935.
CA Toulouse, 8 avril 2008, Jurisdata n° 2008-368193.
CA Paris, 10 avril 2008, RG n° 07/15408.
CA Paris, 10 avril 2008, RG n° 07/11288 ; Jurisdata n° 2008-359901.
CA Rennes, 11 avril 2008, Jurisdata n° 2008-364511.
CA Paris, 18 avril 2008, Jurisdata n° 2008-371622.
CA Lyon, 20 mai 2008, RG n° 06/07914.
CA Nancy, 23 mai 2008, RG n° 06/022987.
CA Pau, 27 mai 2008, Jurisdata n° 2008-371574.
CA Montpellier, 24 juin 2008, RG n° 07/06728.
CA Toulouse, 1^{er} juillet 2008, RG n° 07/04933.
CA Lyon, 1^{er} juillet 2008, Jurisdata n° 2008-371538.
CA Paris, 2 juillet 2008, Jurisdata n° 2008-368924.
CA Douai, 3 juillet 2008, Jurisdata n° 2008-007822.
CA Lyon, 8 juillet 2008, Jurisdata n° 2008-002091.
CA Paris, 11 juillet 2008, RG n° 07/15819.
CA Bordeaux, 2 septembre 2008, RG n° 08/01199.
CA Nancy 8 septembre 2008, RG n° 07/01699.

CA Lyon, 9 septembre 2008, RG n° 07/08184.
CA Lyon, 9 septembre 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 666, obs. HAUSER (J.).
CA Paris, 12 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-370539.
CA Paris, 12 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-001723.
CA Poitiers, 24 septembre 2008, Jurisdata n° 2008-007572.
CA Douai, 16 octobre 2008, Jurisdata n° 2008-009002.
CA Basse-Terre, 27 octobre 2008, Jurisdata n° 2008-376768.
CA Aix-en-Provence, 26 novembre 2008, Jurisdata n° 2008-009388.
CA Saint-Denis-de-La-Réunion, 2 décembre 2008, RG n° 07/01911.
CA Douai, 11 décembre 2008, RG n° 08/00174 ; *Petites affiches*, 3 juin 2010, n° 110, p. 7, obs. POMART-NOMDEDEO (C.).
CA Nîmes, 18 décembre 2008, RG n° 08/00108.
CA Rouen, 18 décembre 2008, Jurisdata n° 2008-007129.
CA Toulouse, 6 janvier 2009, RG n° 07/05533.
CA Poitiers, 14 janvier 2009, RG n° 07/01712.
CA Douai, 20 janvier 2009, *JDJ-RAJS*, avril 2009, n° 284, p. 60, comm. VERDIER (P.).
CA Poitiers, 28 janvier 2009, RG n° 08/01753.
CA Grenoble, 28 janvier 2009, RG n° 08/03492.
CA Lyon, 29 janvier 2009, Jurisdata n° 2009-375647.
CA Nîmes, 5 février 2009, RG n° 08/00161.
CA Paris, 6 février 2009, Jurisdata n° 2009-375586.
CA, Agen, 9 février 2009, Jurisdata n° 2009-003334.
CA Nîmes, 12 février 2009, RG n° 08/00173.
CA Toulouse, 24 février 2009, Jurisdata n° 2009-003162.
CA Lyon, 26 février 2009, RG n° 08/02274.
CA Reims, 6 mars 2009, RG n° 08/01412.
CA Poitiers, 11 mars 2009, Jurisdata n° 2009-023191.
CA Nîmes 11 mars 2009, Jurisdata n° 2009-004135.
CA Lyon, 2 avril 2009, BAZIN (E.), « Du nouveau en matière d'audition de l'enfant » (entretien), *JCP G.*, 2009, 184.
CA Lyon, 2 avril 2009, RG n° 07/00552.
CA Poitiers, 8 avril 2009, RG n° 07/01164.
CA Dijon, 17 avril 2009, RG n° 08/00469.
CA Grenoble, 21 avril 2009, RG n° 08/02630.
CA Poitiers, 6 mai 2009, RG n° 08/01378.
CA Dijon, 15 mai 2009, RG n° 08/02013.
CA Pau, 2 juin 2009, RG n° 08/02632.
CA Rennes, 9 juin 2009, RG n° 07/03186.
CA Nîmes, 10 juin 2009, RG n° 08/00425.
CA Lyon, 24 juin 2009, RG n° 08/06202.
CA Agen, 2 juillet 2009, Jurisdata n° 2009-009244.
CA Agen, 12 août 2009, RG n° 09/01030.
CA Douai, 14 septembre 2009, *D.*, 2009, p. 2845, note MIRKOVIC (A.) ; *RTD civ.*, 2010, p. 97, obs. HAUSER (J.).

CA Basse-Terre, 21 septembre 2009, RG n° 08/00851.
CA Bordeaux, 22 septembre 2009, RG n° 09/00260.
CA Paris, 25 septembre 2009, Jurisdata n° 2009-010955.
CA Montpellier, 6 octobre 2009, RG n° 08/04014.
CA Poitiers, 7 octobre 2009, Jurisdata n° 2009-011734.
CA Aix-en-Provence, 21 octobre 2009, Jurisdata n° 2009-019361.
CA Bordeaux, 22 octobre 2009, RG n° 08/03835, *Dr. famille*, alerte 1, obs. LAMARCHE (M.).
CA Bourges, 5 novembre 2009, RG n° 09/00510.
CA Bourges, 12 novembre 2009, Jurisdata n° 2009-021214.
CA Amiens, 25 novembre 2009, RG n° 08/05377.

2010-2014

CA Angers, 11 janvier 2010, RG n° 06/00675.
CA Aix-en-Provence, 14 janvier 2010, RG n° 09/03138.
CA Paris, 21 janvier 2010, RG n° 08/21483.
CA Orléans, 26 janvier 2010, Jurisdata n° 2010-003208.
CA Versailles, 28 janvier 2010, Jurisdata n° 2010-000564.
CA Bordeaux, 1^{er} février 2010, RG n° 09/02012.
CA Montpellier, 9 février 2010, RG n° 09/01559.
CA Riom, 9 mars 2010, RG n° 09/01237.
CA Amiens, 10 mars 2010, Jurisdata n° 2010-004813.
CA Caen, 18 mars 2010, RG n° 09/00571.
CA Lyon, 22 mars 2010, Jurisdata n° 2010-008722.
CA Rennes, 23 mars 2010, RG n° 09/02300.
CA Paris, 24 mars 2010, RG n° 09/01420.
CA Paris, 25 mars 2010, Jurisdata n° 2010-003769.
CA Aix-en-Provence, 26 mars 2010, RG n° 09/00175.
CA Toulouse, 30 mars 2010, Jurisdata n° 2010-010203.
CA Nîmes, 7 avril 2010, RG n° 09/01257.
CA Grenoble 27 avril 2010, RG n° 08/02087.
CA Rouen, 28 avril 2010, RG n° 09/00760.
CA Poitiers, 28 avril 2010, RG n° 07/03481.
CA Douai, 5 mai 2010, Jurisdata n° 2010-014573.
CA Reims, 7 mai 2010, RG n° 09/02225.
CA Poitiers, 26 mai 2010, RG n° 09/00746.
CA Douai, 27 mai 2010, RG n° 10/00931.
CA Paris, 27 mai 2010, Jurisdata n° 2010-012991.
CA Caen, 27 mai 2010, Jurisdata n° 2010-020932.
CA Reims, 1^{er} juin 2010, RG n° 10/00012-15.
CA Poitiers, 9 juin 2010, RG n° 09/03391.
CA Poitiers, 9 juin 2010, RG n° 09/02361.
CA Toulouse, 15 juin 2010, RG n° 09/02833.
CA Rennes, 22 juin 2010, Jurisdata n° 2010-009855.

CA Poitiers, 23 juin 2010, RG n° 09/02808.
CA Amiens, 23 juin 2010, RG n° 09/05180.
CA Toulouse, 12 juillet 2010, RG n° 09/03659.
CA Toulouse, 9 août 2010, RG n° 09/04123.
CA Toulouse, 9 août 2010, RG n° 09/04141.
CA Poitiers, 1^{er} septembre 2010, RG n° 09/00039.
CA Nancy, 6 septembre 2010, Jurisdata n° 2010-030875.
CA Nîmes, 8 septembre 2010, RG n° 10/01902.
CA Versailles, 9 septembre 2010, Jurisdata n° 2010-016180, *Dr. famille*, 2010, comm. n° 185, obs. NEIRINCK (C.).
CA Poitiers, 15 septembre 2010, Jurisdata n° 2010-028889.
CA Lyon, 16 septembre 2010, RG n° 08/08774.
CA Rouen, 7 octobre 2010, RG n° 09/05181.
CA Rouen, 7 octobre 2010, RG n° 10/01746.
CA Versailles, 7 octobre 2010, RG n° 10/04665 ; *AJfam.*, 2011, p. 53, obs. CHENEDE (F.) ; *RTD civ.*, 2011, p. 97, obs. HAUSER (J.).
CA Nîmes, 20 octobre 2010, RG n° 08/05052.
CA Fort-de-France, 22 octobre 2010, RG n° 10/00154.
CA Riom, 26 octobre 2010, RG n° 09/02130.
CA Pau, 16 novembre 2010, RG n° 09/03615.
CA Paris, 25 novembre 2010, RG n° 09/17105.
CA Rouen, 25 novembre 2010, RG n° 09/01173.
CA Lyon, 30 novembre 2010, Jurisdata n° 2010-025945.
CA Versailles, 2 décembre 2010, RG n° 10/04520 ; Jurisdata n° 2010-024552.
CA Lyon, 6 décembre 2010, Jurisdata n° 2010-029202.
CA Lyon, 6 décembre 2010, RG n° 09/01022.
CA Rouen, 9 décembre 2010, RG n° 10/00764.
CA Chambéry, 13 décembre 2010, RG n° 10/00944.
CA Versailles, 15 décembre 2010, Jurisdata n° 2010-025897.
CA Versailles, 16 décembre 2010, RG n° 09/09533.
CA Angers, 12 janvier 2011, RG n° 10/00565.
CA Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/027371.
CA Montpellier, 25 janvier 2011, RG n° 09/08703.
CA Angers, 26 janvier 2011, Jurisdata n° 2011-000717.
CA Douai, 3 février 2011, RG n° 10/05337.
CA Douai, 17 février 2011, RG n° 10/05149.
CA Rouen, 24 février 2011, RG n° 10/02822.
CA Paris, 24 février 2011, RG n° 10/08848 ; *D.*, 2011, p. 1585, obs. GRANET-LAMBRECHTS (F.) ; *AJfam.*, 2011, p. 207, obs. NORD (N.).
CA Lyon, 28 février 2011, RG n° 10/03604 et n° 2007/00476.
CA Douai, 3 mars 2011, RG n° 10/020980.
CA Douai, 3 mars 2011, RG n° 10/05861.
CA Lyon, 14 mars 2011, RG n° 10/01636.
CA Limoges, 14 mars 2011, RG n° 10/01718.

CA Dijon, 18 mars 2011, RG n° 10/01506.
CA Lyon, 21 mars 2011, RG n° 09/02173.
CA Lyon, 21 mars 2011, RG n° 10/01026.
CA Lyon 21 mars 2011, RG n° 10/06085.
CA Douai, 24 mars 2011, RG n° 10/06990.
CA Douai, 24 mars 2011, RG n° 10/05424.
CA Rennes, 29 mars 2011, RG n° 10/02646 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.).
CA Aix-en-Provence, 1^{er} avril 2011, RG n° 10/00295.
CA Lyon, 4 avril 2011, RG n° 10/02888.
CA Lyon, 4 avril 2011, RG n° 10/01258.
CA Lyon, 4 avril 2011, RG n° 10/02104.
CA Douai, 5 avril 2011, Jurisdata n° 2011-006774.
CA Rouen, 5 avril 2011, Jurisdata n° 2011-007979.
CA Douai, 14 avril 2011, RG n° 10/07409.
CA Lyon, 18 avril 2011, RG n° 10/01669.
CA Lyon, 18 avril 2011, RG n° 09/01776.
CA Lyon, 18 avril 2011, RG n° 10/04199.
CA Bastia, 19 avril 2011, RG n° 09/00235.
CA Paris, 22 avril 2011, RG n° 11/00183.
CA Lyon, 9 mai 2011, Jurisdata n° 2011-009497.
CA Metz, 11 mai 2010, RG n° 09/01421.
CA Douai, 19 mai 2011, RG n° 10/08663.
CA Toulouse, 25 mai 2011, Jurisdata n° 2011-014392.
CA Douai, 26 mai 2011, RG n° 10/07064.
CA Toulouse, 26 mai 2011, Jurisdata n° 2011-015483.
CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/04337.
CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/04368.
CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/03602.
CA Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/00391.
CA Lyon, 6 juin 2011, RG n° 09/07117.
CA Lyon, 6 juin 2011, RG n° 10/05032.
CA Douai, 9 juin 2011, RG n° 10/08481.
CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 10/21032 ; *RJPF*, 2012-1/45, obs. EUDIER (F.).
CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 10/22338 ; *RJPF*, 2012-1/45, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).
CA Dijon, 16 juin 2011, RG n° 10/01099.
CA Lyon, 20 juin 2011, RG n° 10/00458.
CA Douai, 23 juin 2011, RG n° 11/01914.
CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/02732.
CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/03824.
CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/02726.
CA Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/06122.
CA Douai, 30 juin 2011, RG n° 10/08956.

CA Aix-en-Provence, 1^{er} juillet 2011, RG n° 11/00114.
CA Paris, 6 juillet 2011, RG n° 11/03733.
CA Orléans, 13 juillet 2011, RG n° 11/00234.
CA Douai, 22 juillet 2011, RG n° 11/04027.
CA Pau, 26 juillet 2011, Jurisdata n° 2011-021861.
CA Angers, 6 septembre 2011, Jurisdata n° 2011-033382.
CA Bastia, 14 septembre 2011, RG n° 10/00533.
CA Pau, 19 septembre 2011, Jurisdata n° 2011-023580.
CA Rouen, 22 septembre 2011, Jurisdata n° 2011-021397.
CA Nancy, 23 septembre 2011, RG n° 09/00747.
CA Paris, 20 octobre 2011, RG n° 11/04042 ; *RJPF*, 2012-1/45, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).
CA Paris, 20 octobre 2011, RG n° 10/11743 ; *RJPF*, 2012-1/43, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).
CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, *Petites affiches*, 28 septembre 2012, n° 195, p. 5, note DOURIS (M.).
CA Montpellier, 9 novembre 2011, Jurisdata n° 2011-028890.
CA Paris, 24 novembre 2011, RG n° 11/13788.
CA Lyon, 28 novembre 2011, RG n° 11/00161.
CA Rennes, 29 novembre 2011, RG n° 09/05222.
CA Bastia, 30 novembre 2011, RG n° 11/00379.
CA Paris, 1^{er} décembre 2011, RG n° 11/06495 ; *RJPF*, 2012-5/29, obs. EUDIER (F.) ; *AJ fam.*, 2012, p. 146, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).
CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03307.
CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/03534.
CA Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 09/07978.
CA Lyon, 9 janvier 2012, RG n° 10/08444.
CA Rennes, 10 janvier 2012, RG n° 11/01846 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.).
CA Lyon, 23 janvier 2012, RG n° 11/01030.
CA Limoges, 23 janvier 2012, RG n° 11/00694 ; Jurisdata n° 2012-0010580.
CA Agen, 2 février 2012, Jurisdata n° 2012-002007.
CA Nancy, 10 février 2012, Jurisdata n° 2012-006531.
CA Angers, 13 février 2012, RG n° 11/01644.
CA Rennes, 21 février 2012, RG n° 11/02758 ; *D.*, 2012, p. 878, obs. MIRKOVIC (A.).
CA Lyon, 5 mars 2012, RG n° 10/08705.
CA Aix-en-Provence, 23 mars 2012, RG n° 12/00039.
CA Caen, 29 mars 2012, Jurisdata n° 2012-019170 ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 138, note NEIRINCK (C.).
CA Fort-de-France, 27 avril 2012, RG n° 10/00793.
CA Rennes, 9 mai 2012, RG n° 10/00352.
CA Paris, 24 mai 2012, RG n° 08/05350.
CA Aix-en-Provence, 1^{er} juin 2012, RG n° 12/00080, 12/00081, 12/00083 ; *AJ fam.*, 2013, p. 177, obs. DOURIS (M.).

CA Douai, 7 juin 2012, RG n° 11/05226.
CA Nîmes, 26 juin 2012, RG n° 10/02716.
CA Nancy, 29 juin 2012, Jurisdata n° 2012-023169.
CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/06993.
CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/04503.
CA Bordeaux, 6 septembre 2012, Jurisdata n° 2012-019644.
CA Lyon, 10 septembre 2012, RG n° 11/02956.
CA Bastia, 19 septembre 2012, RG n° 10/00802.
CA Paris, 20 septembre 2012, RG n° 10/12609.
CA Nouméa, 27 septembre 2012, RG n° 12/00116 ; *RJPF*, 2013-1/13, obs. CORPART (I.).
CA Nancy, 28 septembre 2012, Jurisdata n° 2012-031029 ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 40, obs. NEIRINCK (C.).
CA Rennes, 2 octobre 2012, RG n° 10/04078.
CA Grenoble, 16 octobre 2012, Jurisdata n° 2012-023629.
CA Nouméa, 29 octobre 2012, RG n° 11/00461.
CA Colmar, 31 octobre 2012, RG n° 11/04281.
CA Grenoble, 7 novembre 2012, Jurisdata n° 2012-034508.
CA Aix-en-Provence, 27 novembre 2012, Jurisdata n° 2012-027954.
CA Rennes, 27 novembre 2012, RG n° 11/06003.
CA Rennes, 30 novembre 2012, RG n° 12/00258.
CA Toulouse, 7 décembre 2012, RG n° 12/00109.
CA Toulouse, 7 décembre 2012, RG n° 12/00106.
CA Versailles, 13 décembre 2012, RG n° 12/05064.
CA Amiens, 13 décembre 2012, RG n° 12/02281 ; *RJPF*, 2013-4/9, obs. CORPART (I.).
CA Paris, 7 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-002048.
CA Pau, 7 janvier 2013, RG n° 11/04739.
CA Douai, 8 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-000133, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 69, obs. NEIRINCK (C.).
CA Rennes, 8 janvier 2013, RG n° 12/01538 ; *RJPF*, 2013-3/12, obs. CORPART (I.).
CA Bordeaux, 10 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-000250.
CA Lyon, 15 janvier 2013, RG n° 11/05253.
CA Rennes, 15 janvier 2013, RG n° 11/08100.
CA Rennes, 15 janvier 2013, RG n° 11/077351.
CA Bordeaux, 16 janvier 2013, RG n° 11/06198 ; Jurisdata n° 2013-000244.
CA Versailles, 17 janvier 2013, RG n° 12/01557.
CA Paris, 17 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-000564.
CA Rennes, 22 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-003688.
CA Metz, 22 janvier 2013, Jurisdata n° 2013-004027.
CA Versailles, 31 janvier 2013, RG n° 12/03251.
CA Paris, 2 février 2013, Jurisdata n° 2013-003545.
CA Versailles, 7 février 2013, Jurisdata n° 2013-001747.
CA Besançon, 8 février 2013, RG n° 12/00782.
CA Rennes, 8 février 2013, RG n° 12/0034.
CA Versailles, 14 février 2013, RG n° 12/00506.

CA Metz, 19 février 2013, RG n° 11/01192.
CA Aix-en-Provence, 21 février 2013, RG n° 11/16863.
CA Douai, 28 février 2013, Jurisdata n° 2013-003646.
CA Limoges, 4 mars 2013, RG n° 12/00068.
CA Limoges, 4 mars 2013, RG n° 12/00076.
CA Versailles, 14 mars 2013, Jurisdata n° 2013-004568.
CA Grenoble, 2 avril 2013, Jurisdata n° 2013-006179.
CA Bordeaux, 6 avril 2013, Jurisdata n° 2013-008806.
CA Agen, 11 avril 2013, JurisData n° 2013-008776.
CA Rennes, 16 avril 2013, RG n° 13/00055.
CA Paris, 25 avril 2013, Jurisdata n° 2013-008180.
CA Paris, 25 avril 2013, Jurisdata n° 2013-008363.
CA Douai, 2 mai 2013, RG n° 12/03161.
CA Agen, 15 mai 2013, Jurisdata n° 2013-010350.
CA Nîmes, 23 mai 2013, RG n° 12/03681.
CA Rennes, 24 mai 2013, RG n° 13/00037.
CA Versailles, 30 mai 2013, RG n° 12/02519 ; *RJPF*, 2013-10/21, obs. GARE (T.).
CA Douai, 6 juin 2013, Jurisdata n° 2013-011823.
CA Paris, 13 juin 2013, Jurisdata n° 2013-012172.
CA Lyon, 18 juin 2013, Jurisdata n° 2013-013288.
CA Montpellier, 26 juin 2013, Jurisdata n° 2013-014144.
CA Aix-en-Provence, 3 juillet 2013, RG n° 13/00072.
CA Amiens, 4 juillet 2013, RG n° 13/01161.
CA Limoges, 8 juillet 2013, RG n° 13/00035.
CA Rennes, 12 juillet 2013, RG n° 13/00071.
CA Rennes, 12 juillet 2013, RG n° 12/00328.
CA Grenoble, 24 juillet 2013, RG n° 12/04936.
CA Rennes, 6 septembre 2013, RG n° 12/00183.
CA Paris, 17 septembre 2013, Jurisdata n° 2013-019877.
CA Lyon, 17 septembre 2013, RG n° 13/00760.
CA Nancy, 20 septembre 2013, Jurisdata n° 2013-020956.
CA Metz, 24 septembre 2013, RG n° 13/00867 et n° 12/03142.
CA Paris, 26 septembre 2013, RG n° 12/02389.
CA Agen, 3 octobre 2013, n° 2013-021869.
CA Versailles, 24 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-023917.
CA Caen, 24 octobre 2013, RG n° 12/01216.
CA Lyon, 29 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-025586.
CA Bordeaux, 13 novembre 2013, RG n° 13/00117.
CA Pau, 16 décembre 2013, Jurisdata n° 2013-032537.
CA Lyon, 19 décembre 2013, Jurisdata n° 2013-030798.
CA Paris, 14 janvier 2014, Jurisdata n° 2014-000135.
CA Grenoble, 28 janvier 2014, Jurisdata n° 2014-009517.
CA Grenoble, 28 janvier 2014, RG n° 13/01098.
CA Limoges, 29 janvier 2014, RG n° 13/01244.

CA Bastia, 29 janvier 2014, RG n° 12/01004.
CA Paris, 30 janvier 2014, RG n° 13/22198.
CA Paris, 30 janvier 2014, RG n° 13/22199.
CA Rennes, 11 février 2014, Jurisdata n° 2014-005706.
CA Caen, 13 février 2014, Jurisdata n° 2014-007820.
CA Colmar, 12 mars 2014, Jurisdata n° 2014-004859.
CA Versailles, 20 mars 2014, n° 13/03655, *AJ fam.*, 2014, p. 237, obs. HAFTEL (B.).
CA Rouen, 3 avril 2014, RG n° 13/03333 ; Jurisdata n° 2014-007171 ; *Dr. famille*, 2014, comm n° 99, obs. NEIRINCK (C.).
CA Bordeaux, 15 mai 2014, RG n° 13/04787.
CA Paris, 19 mai 2014, RG n° 13/08837 ; *D.*, 2014, p. 1206, note BOMBLED (M.) ; *Dalloz actualité*, 26 mai 2014, obs. DANET (J.).
CA Paris, 5 juin 2014, Jurisdata n° 2014-012983.
CA Colmar, 18 juin 2014, RG n° 14/00493.

3. – Juridictions de première instance

1950-1979

T. corr. Dunkerque, 30 octobre 1953, *D.*, 1954, jurispr., p. 270.
TGI Caen, 20 décembre 1965, *JCP G.*, II, 14626, note MALAURIE (P.).
TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. pal.* 1974, I, p. 299, note BARBIER (P.) ; *RDSS*, 1975 p. 116, obs. RAYNAUD (P.).
TGI Paris, 8 juillet 1975, *JCP G.*, 1976, IV, 174.
TGI Lille, 26 novembre 1976, *D.*, 1978, jurispr., p. 499, note PATUREAU (Y.).
TGI Bordeaux, 8 mai 1978, *RTD civ.*, 1979, p. 117, obs. NERSON (R.) et RUBELLIN-DEVICHI (J.).

1980-1989

T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *D.*, 1982, p. 182, note MAYER (D.) ; *RSC*, 1982, p. 347, obs. LEVASSEUR (G.).
TGI Marseille, 27 janvier 1982, *JCP G.*, 1983, II, 20028, obs. PENNEAU (J.).
TGI Grenoble, Juge des enfants, 15 juin 1982, *Dr. enf. fam.*, 1982/1, p. 181.
TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *RTD civ.*, 1984, p. 703, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.) et NERSON (R.).
TGI Paris, 24 juin 1986, *D.*, 1987, somm., p. 314, obs. HUET-WEILLER (D.).
TGI Pontoise, 2 juillet 1986, Jurisdata n° 1986-048430.
TGI Créteil, JAF, 7 juillet 1988, Jurisdata n° 1988-049133.
TGI Paris, 20 décembre 1988, *D.*, 1989, somm., p. 368, obs. HUET-WEILLER (D.).
TI Saint-Omer, 3 mai 1989, Jurisdata n° 1989-047184.

1990-1999

TGI Rochefort, 7 mars 1990, Jurisdata n° 1990-042279.
C. assises de Paris, 8 mars 1991, *RSC*, 1991, p. 565, obs. LEVASSEUR (G.).

TGI Toulouse, 26 mars 1991, Jurisdata n° 1991-046226, *D.*, 1992, somm., p. 61, obs. LABBEE (X.).

TGI Béziers, 4 juillet 1991, Jurisdata n° 1991-051799.

TGI Paris, 14 octobre 1992, *JCP G.*, 1993, I, 3688, n° 9, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.).

TGI Angers, 10 novembre 1992, *D.*, 1994, somm., p. 30, obs. LABBEE (X.) ; *RTD civ.*, 1994, p. 579, obs. HAUSER (J.).

TGI Rennes, 30 juin 1993, Jurisdata n° 1993-605679 ; *JCP G.*, 1994, II, 22250, note NEIRINCK (C.).

TGI Créteil, 4 avril 1995, Jurisdata n° 1995-850574.

TGI Lille, 6 mai 1996, *D.*, 1997, jurispr., p. 543, note LABBEE (X.).

TGI Paris, 28 mai 1996, *RTD civ.*, 1996, p. 594, obs. HAUSER (J.).

TGI Basse-Terre, 30 mai 1996, *Petites affiches*, 11 novembre 1996, n° 136, p. 7, note MASSIP (J.).

TGI Cusset, 10 avril 1997, *Dr. famille*, 1998, comm. n° 150, note MURAT (P.).

TGI Lille, 28 juillet 1997, *D.*, jurispr., 1998, p. 213, note LABBEE (X.).

TGI Paris, 2 septembre 1997, *RTD civ.*, 1997, p. 919, obs. HAUSER (J.).

TGI Lille, JAF, 13 février 1998, *D.*, 1999, jurispr., p. 177, note LABBEE (X.).

TGI Poitiers, 15 novembre 1999, *Bull. inf. C. cass.*, n° 524, 15 novembre 2000, n° 1294.

2000-2009

TGI Bressuire, JAF, 6 janvier 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 313, obs. HAUSER (J.).

TGI Caen, Juge des enfants, 23 mai 2000, Jurisdata n° 2000-156885.

TGI Pontoise, Juge des enfants, 7 février 2001, *D.*, 2003, p. 656, obs. WILLIATTE-PELLITTERI (L.).

TGI Paris, 26 juin 2001, *Dr. famille*, 2001, comm. n° 166, note MURAT (P.).

TGI Paris, 27 juin 2001, *Dr. famille*, 2001, comm. n° 116, note MURAT (P.).

TGI Laval, Juge des enfants, 16 avril 2002, *AJ fam.*, 2002, p. 222.

TGI Nice, JAF, 8 juillet 2003, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.).

TGI Lille, 18 décembre 2003 ; *D.* 2004, jurispr., p. 2675, note LABBEE (X.).

TGI Grenoble, 22 janvier 2004, Jurisdata n° 2004-235203.

TGI Nantes, 22 janvier 2004, *D.*, 2005, pan., p. 1748, obs. GRANET-LAMBRECHTS (F.).

TGI Paris, JAF, 2 avril 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.).

TGI Versailles, JAF, 6 avril 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361, obs. CHENEDE (F.) ; *Dr. famille*, 2004, comm. n° 199, obs. MURAT (P.).

TGI Nice, JAF, 7 avril 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.).

TGI Nice, JAF, 30 juin 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 453, obs. CHENEDE (F.).

TGI Paris, JAF, 2 juillet 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361, obs. CHENEDE (F.) ; *Dr. famille*, 2005, comm. n° 4, note MURAT (P.).

TGI Créteil, ord., 30 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.).

TGI Agen, 17 février 2006, *RJPF*, 2006-11/43, obs. EUDIER (F.).

TGI Lille, 21 février 2006, *D.*, 2006, p. 1350, note LABBEE (X.).

TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, *AJ fam.*, 2006, p. 245, obs. CHENEDE (F.).

TGI Lille, 22 mars 2007, Jurisdata n° 2007-338352 ; *D.*, 2007, jurispr. p. 1251, note LABBEE (X.) ; *Dr. famille*, 2007, comm. n° 122, note MURAT (P.) ; *RTD civ.*, 2007, p. 556, obs. HAUSER (J.).

TGI Toulon, 4 juin 2007, RG n° 04/00694 ; *Gaz. pal.*, 20 novembre 2007, n° 324, p. 11, note PANNIER (J.).

TGI Lille, JAF, 11 décembre 2007, *AJ fam.*, 2008, p. 119, obs. CHENEDE (F.) ; *RTD civ.*, 2008, p. 290, obs. HAUSER (J.).

TGI Lille, JAF, 18 décembre 2007, Jurisdata n° 2007-355272 ; *Dr. famille*, 2008, comm. n° 58, obs. MURAT (P.).

TGI Laval, JAF, 25 janvier 2008, RG n° 07/01212.

TGI Grenoble, JAF, 28 janvier 2008, *AJ fam.*, 2008, p. 476, obs. CHENEDE (F.).

TGI Bordeaux, JAF, 20 mars 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 270, note HAUSER (J.) ; *Dr. famille*, 2008, alerte 29, obs. LAMARCHE (M.).

TGI Paris, JAF, 28 mars 2008, *AJ fam.*, 2008, p. 249, obs. CHENEDE (F.).

TGI Bordeaux, JAF, 15 septembre 2009, RG n° 09/01408.

TGI Paris, JAF, 18 septembre 2009, *AJ fam.*, 2009, p. 490, obs. CHENEDE (F.).

TGI Angers, ord. président, 8 octobre 2009, Jurisdata n° 2009-011061.

TGI Rennes, 15 octobre 2009, RG n° 09/00588.

TGI Paris, JAF, 23 octobre 2009, RG n° 09/34720.

2010-2014

TGI Metz, JAF, 15 janvier 2010, RG n° 09/04017, *RJPF*, 2011-5/36, obs. EUDIER (F.).

T. corr. Perpignan, 9 avril 2010, ALT-MAES (F.), « Privation d'aliments ou de soins », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, 2011, § 38.

TGI Metz, JAF, 23 avril 2010, RG n° 09/04017 ; *RJPF*, 2011-5/36, obs. EUDIER (F.).

TGI Angers, 26 avril 2010, Jurisdata n° 2010-005904.

TGI Annecy, JAF, 1^{er} juillet 2010, RG n° 09/02356 ; *AJ fam.*, 2010, p. 435.

TGI Briey, JAF, 21 octobre 2010, RG n° 09/00482.

TGI Paris, ord. réf., 10 novembre 2010, RG n° 10/59262 ; *Gaz. pal.*, 5 novembre 2010 n° 329, p. 12, note BRIAND (L.).

TGI Nanterre, JAF, 14 décembre 2010, *AJ fam.*, 2011, p. 426, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

TGI Créteil, JAF, 24 mars 2011, RG n° 10/06078 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).

TGI Créteil, JAF, 24 mars 2011, RG n° 10/06079 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).

TGI Paris, JAF, 28 avril 2011, RG n° 09/43158 ; *RJPF*, 2011-7.8/29, obs. EUDIER (F.).

TGI Nanterre, JAF, 30 août 2011, RG n° 11/04363 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).

TGI Paris, JAF, 23 septembre 2011, RG n° 11/35995 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).

TGI Paris, JAF, 14 octobre 2011, RG n° 11/35997 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).

TGI Briey, JAF, 21 octobre 2011, *D.*, 2011, p. 1060, note BONNET (V.).

TGI Bayonne, JAF, 26 octobre 2011, RG n° 11/00950 ; *AJ fam.*, 2011, p. 604, obs. MECARY (C.).

TGI Bordeaux, 22 mars 2012, RG n° 11/09849 ; *RTD civ.*, 2012, p. 504, obs. HAUSER (J.).

C. assises de la Gironde, 7 septembre 2012, *AJ pénal*, 2012, p. 651, obs. DECIMA (O.).

TGI Niort, 17 septembre 2012, RG n° 11/01855.

TGI Paris, JAF, 21 septembre 2012, RG n° 11/44249 ; *AJ fam.*, 2012, p. 550, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

C. assises du Nord, 9 octobre 2012, DECIMA (O.), « Le déni de grossesse, l'article 122-1 du code pénal et la faute, obs. sur C. assises Gironde, 7 septembre 2012 », *AJ pén.*, 2012, p. 651.

TGI Lille, JAF, 6 décembre 2012, Jurisdata n° 2012-032831, *Dr. famille*, 2013, comm. n° 39, note LABBEE (X.).

TGI Lille, 11 février 2013, RG n° 12/07774 ; *AJ fam.*, 2013, p. 234, obs. LABBEE (X.).

TGI Nanterre, JAF, 19 février 2013, RG n° 12/02486.

TGI Paris, JAF, 22 février 2013 ; *AJ fam.*, 2013, p. 232, obs. GALLMEISTER (I.).

TGI Lille, 14 octobre 2013, Jurisdata n° 2013-027517 ; *Dr. famille*, 2014, comm. n° 4, obs. NEIRINCK (C.).

T. corr. Tarbes, 4 février 2014, Jurisdata n° 2014-013013 ; *Dr. famille*, 2014, comm. n° 127, obs. MIRKOVIC (A.).

TGI Arras, 9 avril 2014, RG n° 13/01692.

TGI Nantes, 24 avril 2014, RG n° 14/00325 ; Jurisdata n° 2014-009936 ; *Dr famille*, 2014, comm. n° 100, obs. NEIRINCK (C.).

TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00168 ; Jurisdata n° 2014-013016.

TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00113 ; Jurisdata n° 2014-013015.

TGI Versailles, 29 avril 2014, RG n° 13/00013 ; Jurisdata n° 2014-013012.

TGI Avignon, 19 juin 2014, RG n° 14/00666 ; *AJ fam.*, 2014, p. 431, note BERDEUX-GASCOGNE (F.).

TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, RG n° 14/01472 ; Jurisdata n° 2014-019510.

TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14803 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.).

TGI Nanterre, 8 juillet 2014, RG n° 13/14804 ; *D.*, 2014, p. 1669, note REIGNE (P.).

IV. – Jurictions de l'ordre administratif

1. – Conseil d'Etat

1980-1989

CE, ass., 31 octobre 1980, *Lahache*, n° 13028.

CE, 3^e et 5^e s.-sect. réunies., 10 décembre 1986, *M. Adolphe*, n° 54318.

CE, sect., 11 juillet 1988, *Ministère des affaires sociales c/ Remadnia*, n° 89992.

1990-1999

CE, ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, n° 105743, n° 105810, n° 105811, et n° 105812.

CE, 6^e et 2^e s.-sect. réunies, 30 juin 1993, *Caméara*, n° 13660.

CE, 2^e et 6^e s.-sect. réunies, 10 mars 1995, *Demirpence*, n° 141083.

CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

CE, ass., 27 octobre 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 143578.

CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 3 juillet 1996, *Paturel*, n° 140872.

CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 9 octobre 1996, *Département de Paris c/ M. Frette*, n° 168342.
CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 12 février 1997, *Mme Parodi*, n° 161454.
CE, 1^{ère} et 4^e s.-sect. réunies, 12 février 1997, *Mme Bettan*, n° 161455.
CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n° 163043.
CE, 2^e et 6^e s.-sect. réunies, 22 septembre 1997, *Cinar*, n° 161364.
CE, 2^e et 6^e s.-sect. réunies, 29 septembre 1997, *M. et Mme Soba*, n° 170098, n° 173011, n° 173012.

2000-2009

CE, 6^e et 4^e s.-sect. réunies, 20 décembre 2000, *Préfet de l'Essonne c/ Mme Minata Ouattara*, n° 202555.
CE, 1^{ère} et 6^e s.-sect. réunies, 7 juin 2006, *Association Aides et autres*, n° 285576.
CE, 1^{ère} et 2^e s.-sect. réunies, 22 janvier 2008, *Mlle Berthet*, n° 230533.
CE, 2^{ème} s.-sect., 18 avril 2008, *Garde des Sceaux c/ Duciel*, n° 311447.
CE, 3^e et 8^e s.-sect. réunies, 26 mai 2008, *Département des Côtes d'Armor*, n° 290495.
CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 27 juin 2008, *Mme Etarh*, n° 291561.
CE, 3^e et 8^e s.-sect. réunies, 13 février 2009, *Département de Meurthe-et-Moselle*, n° 294265.
CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 4 décembre 2009, *M. Parent*, n° 309004.

2010-2014

CE, réf., 4 mai 2011, *Ministre des affaires étrangères et européennes c/ M. Morin*, n° 348778.
CE, ass., 13 mai 2011, *M. Lasalle*, n° 329290.
CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 8 mars 2012, n° 347240.
CE, 2^e et 7^e ss.-sect. réunies, 8 mars 2012, *De Chaisemartin, Daunay (M^{me})*, n° 342126 ; *RTD civ.*, 2012, p. 504, obs. HAUSER (J.).
CE, 2^e s.-sect., 15 juin 2012, *M. Idrisse A.*, n° 353699, Jurisdata n° 2012-013645, *Dr. famille*, 2012, comm. n° 146, obs. NEIRINCK (C.).
CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 17 octobre 2012, *M. et Mme B... c/ Département des Alpes-Maritimes*, n° 348440.
CE, 2^{ème} et 7^{ème} s.-sect. réunies, 12 décembre 2012, n° 357865 ; *RJPF*, 2013-2/7, obs. CORPART (I.).
CE, ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332491.
CE, ass., 21 décembre 2012, *F.*, n° 332492.
CE, ass., 21 décembre 2012, *T.*, n° 332607.
CE, 10^e et 9^e s.-sect. réunies, avis, 13 juin 2013, *Molena*, n° 362981 ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 133, obs. BINET (J.-R.).
CE, 3^e et 5^e s.-sect. réunies, Avis CNDA, 20 novembre 2013, *M. B. A. et de Mme D. C. épouse A.*, req. n° 368676.
CE, 2^e et 7^e s.-sect. réunies, 31 janvier 2014, *Retterer*, n° 362444.
CE, 5^e et 4^e s.-sect. réunies, 31 mars 2014, n° 345812.

2. – Cours administratives d'appel

CAA Bordeaux, 30 décembre 2003, *Mme T*, *AJDA*, 2004, p. 496, note REY (J.-L.).

CAA Nancy, 10 avril 2006, n° 03NC00613.

CAA Paris, 26 avril 2007, n° 04PA03543.

CAA Paris, 4 octobre 2007, n° 06PA00589.

CAA Paris, 8 novembre 2007, n° 05PA00311 ; *Jurisdata* n° 2007-366454.

CAA Bordeaux, 7 mars 2011, n° 10BX00189.

CAA Paris, 29 septembre 2011, n° 10PA04646.

CAA Paris, 29 mars 2012, n° 11PA03975 ; *RJPF*, 2012-9-10/11, obs. CORPART (I.).

3. – Juridictions administratives de première instance

TA Lyon, 12 juin 1996, *Jurisdata* n° 1996-048409.

TA Montreuil, 14 juin 2012, req. n° 1009924 ; *Jurisdata* n° 2012-012516 ; *JCP G.*, 2012, act. 802, note BINET (J.-R.) ; *RRJ*, 2012-4, p. 1659, note MARLIAC (C.).

4. – Cour nationale du droit d'asile

CNDA, sections réunies, 11 février 2009, *Mme D. épouse K.*, n° 638891.

CNDA, sections réunies, 11 février 2009, *Mlle K.*, n° 639908.

V. – Tribunal des conflits

T. confl., 7 octobre 1991, *Remadnia*, n° 02658.

VI. – Commission d'Accès aux Documents Administratifs

CADA, 11 mai 2000, avis n° 20001990.

CADA, 8 juin 2000, avis n° 20002354.

CADA, 9 novembre 2000, avis n° 20004193.

CADA, 11 avril 2002, avis n° 20021480.

CADA, 27 juin 2002, avis n° 20022697.

VII. – Défenseur des droits

Défenseur des droits, déc. n° MDE 2012-158, 12 novembre 2012, p. 4.

VIII. – Juridictions étrangères

Cour suprême de Californie, *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

TGI Cologne, 7 mai 2012, *RJPF*, 2012-9.10/35, note THIERRY (J.-B.) ; *D.*, 2012, note LIBCHABER (R.) ; *D.*, p. 1665, ROME (F.).

Cass. italienne, 11 janvier 2013, arrêt n° 601, R. G. N. n° 4855/12 ; *D.*, 2013, p. 177, note LAFFAILLE (F.).

KG (Kammergericht) Berlin, 1^{er} août 2013, 1 W 413/12 ; *Petites affiches*, 6 août 2014, n° 156, p. 7, note BOTTIAU (A.).

TABLE DES TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

(textes classés par ordre chronologique depuis 1950)

I. – Textes droit interne

1. – Lois

1970-1979

L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO*, 5 juin 1970, p. 5227.

L. n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JO*, 18 juillet 1978, p. 2851.

L. n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO*, 12 juillet 1979, p. 1711.

1980-1989

L. n° 82-486 du 10 juin 1982 autorisant l'approbation d'une Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants, signée à la Haye le 25 octobre 1980, *JO*, 11 juin 1982, p. 1841.

L. n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, *JO*, 23 juillet 1983, p. 2286.

L. n° 84-422 du 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'Etat, *JO*, 7 juin 1984, p. 1762.

L. n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétence en matière d'aide sociale, *JO*, 8 janvier 1986, p. 372.

L. n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *JO*, 24 juillet 1987, p. 8253.

L. 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.

1990-1999

L. n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, *JO*, 5 juillet 1990, p. 7856.

L. 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.

L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO*, 30 juillet 1994, p. 11056.

L. n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO*, 30 juillet 1994, p. 11060.

L. n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative *JO*, 9 février 1995 p. 2175, art. 21 ; mod. par ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, *JO*, 17 novembre 2011 p. 19286.

L. n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JO*, 6 juillet 1996, p. 10208.

L. n° 98-147 du 9 mars 1998 autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, *JO*, 10 mars 1998, p. 3611.

L. n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles à l'égard des mineurs, *JO*, 18 juin 1998, p. 9255 ; Rect. *JO*, 2 juillet 1998, p. 10078.

L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JO*, 16 novembre 1999, p. 16959.

2000-2009

L. n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, *JO*, 7 mars 2000, p. 3536.

L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JO*, 3 janvier 2002, p. 124.

L. n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, *JO*, 23 janvier 2002, p. 1519.

L. 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.

L. n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JO*, 5 mars 2002, p. 4159.

L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO*, 5 mars 2002, p. 4161.

L. n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, *JO*, 19 juin 2003, p. 10240.

L. n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, *JO*, 3 janvier 2004, p. 184.

L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO*, 7 août 2004, p. 14040.

L. n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, 17 août 2004, p. 14545.

L. n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, *JO*, 5 juillet 2005, p. 11072.

L. n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO*, 13 décembre 2005, p. 19152.

L. 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, p. 5097.

L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO*, 24 juin 2006, p. 9513.

L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JO*, 6 mars 2007, p. 4206.

L. n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO*, 6 mars 2007, p. 4215.

L. 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO*, 7 mars 2007, p. 4297.

L. n° 2007-1155 du 1^{er} août 2007 autorisant l'approbation de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, *JO*, 2 août 2007, p. 12986.

L. constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, *JO*, 24 juillet 2008, p. 11890.

L. 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.

L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO*, 13 mai 2009, p. 7920.

2010-2014

L. n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO*, 9 février 2010, p. 2265.

L. n° 2010-608 du 7 juin 2010 autorisant la ratification de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, *JO*, 8 juin 2010, p. 10482.

L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JO*, 10 juillet 2010, p. 12762 ; Rect. *JO*, 28 juillet 2010, p. 13955.

L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JO*, 15 mars 2011, p. 4582 ; Rect. *JO*, 23 mars 2011, p. 5193.

L. organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO*, 30 mars 2011, p. 5497.

L. n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO*, 30 mars 2011, p. 5504.

L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO*, 18 mai 2011, p. 8357 ; Rect. *JO*, 25 mai 2011, p. 8993.

L. n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JO*, 8 juillet 2011, p. 11826.

L. n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JO*, 14 décembre 2011 p. 21105.

L. n° 2012-301 du 5 mars 2012 relative au suivi des enfants en danger par la transmission des informations, *JO*, 6 mars 2012, p. 4143.

L. n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, *JO*, 8 décembre 2012, p. 19821.

L. n° 2013-108 du 31 janvier 2013 tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire, *JO*, 1^{er} février 2013, p. 1961.

L. n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *JO*, 18 mai 2013, p. 8242.

L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, *JO*, 18 mai 2013, p. 8253.

L. n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat, *JO*, 27 juillet 2013, p. 12556.

L. n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JO*, 6 août 2013, p. 13338.

L. n° 2014-476 du 14 mai 2014 autorisant la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, *JO*, 15 mai 2014, p. 8033.

L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO*, 5 août 2014, p. 12949.

2. – Ordonnances

Ord. n° 58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger, *JO*, 24 décembre 1958, p. 11770.

Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO*, 6 juillet 2005, p. 11159.

3. – Décrets

1950-1979

D. n° 53-1186 du 29 novembre 1953 portant réforme des lois d'assistance, *JO*, 3 décembre 1953, p. 10759.

D. n° 59-100 du 7 janvier 1959 relatif à la protection sociale de l'enfance en danger, *JO*, 8 janvier 1959, p. 600.

D. n° 59-101 du 7 janvier 1959 modifiant et complétant le code de la famille et de l'aide sociale en ce qui concerne la protection de l'enfance, *JO*, 8 janvier 1959, p. 601.

D. n° 75-1118 du 2 décembre 1975 modifiant et complétant le décret n° 59-100 relatif à la protection sociale de l'enfance en danger, *JO*, 7 décembre 1975, p. 12482.

1980-1989

D. n° 83-1021 du 29 novembre 1983 portant publication de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à la Haye le 25 octobre 1980, *JO*, 1^{er} décembre 1983, p. 3466.

1990-1999

D. n° 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990, *JO*, 12 octobre 1990, p. 12363.

D. n° 94-52 du 20 janvier 1994 relatif à la procédure de changement de nom, *JO*, 22 janvier 1994, p. 1156, art. 2, 7° ; mod. par D. n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO*, 29 décembre 2005, p. 20350.

D. n° 98-815 du 11 septembre 1998 portant publication de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 1993 et signée par la France le 5 avril 1995, *JO*, 13 septembre 1998, p. 13997.

2000-2009

D. 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.

D. n° 2004-1136 du 21 octobre 2004 relatif au code de l'action sociale et des familles, *JO*, 26 octobre 2004, p. 18047.

D. n° 2004-1444 du 23 décembre 2004 relatif aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des lieux de vie et d'accueil mentionnés au III de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, *JO*, 30 décembre 2004, p. 22297.

D. n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 relatif au contrat de responsabilité parentale, *JO*, 2 septembre 2006, p. 13095.

D. n° 2008-36 du 10 janvier 2008 portant publication de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, *JO*, 12 janvier 2008, p. 674.

D. 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*, 12 avril 2009, p. 6418.

D. n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JO*, 24 mai 2009, p. 8649.

2010-2014

D. n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, *JO*, 16 novembre 2010 p. 20405.

D. n° 2011-1385 du 27 octobre 2011 portant publication de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (ensemble une déclaration et une réserve), signée à Lanzarote le 25 octobre 2007, *JO*, 29 octobre 2011, p. 18251.

D. n° 2012-1312 du 27 novembre 2012 relatif à la fixation par le juge de l'exercice du droit de visite dans un espace de rencontre, *JO*, 29 novembre 2012, p. 18744.

D. n° 2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du Code de la sécurité sociale pour les frais liés à une interruption volontaire de grossesse et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures, *JO*, 27 mars 2013, p. 5133.

D. n° 2013-994 du 7 novembre 2013 organisant la transmission d'informations entre départements en application de l'article L. 221-3 du code de l'action sociale et des familles, *JO*, 9 novembre 2013, p. 18291.

D. n° 2013-1280 du 29 décembre 2013 relatif à la suppression de la contribution pour l'aide juridique et à diverses dispositions relatives à l'aide juridique, *JO*, 30 décembre 2013, p. 22242.

D. n° 2014-918 du 18 août 2014 relatif au référentiel fixant les critères d'agrément des assistants familiaux, *JO*, 21 août 2014, p. 13894.

4. – Arrêtés

Arr. du 14 février 2005 fixant le modèle du document établi en application de l'article 23 du décret n° 2002-781 du 3 mai 2002 relatif au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et à l'accompagnement et l'information des femmes accouchant dans le secret, *JO*, 3 mars 2005, p. 3740.

Arr. du 16 mai 2013 désignant les juridictions habilitées à expérimenter certaines modalités de mise en œuvre de l'injonction de rencontrer un médiateur familial, *JO*, 31 mai 2013, p. 8959.

5. – Circulaires

1990-1999

Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille, et aux droits de l'enfant (*JO* du 24 mars 1993), *Defrénois*, 1993, lég., p. 235.

Circ. CRIM n° 93-9 F1, 14 mai 1993, Commentaire des dispositions du nouveau Code pénal et de la loi relative à son entrée en vigueur, NOR : JUSD9330017.

2000-2009

Circ. DACG n° 2005-10 du 2 mai 2005 relative à l'amélioration du traitement judiciaire des procédures relatives aux infractions de nature sexuelle, NOR : JUSD0530075C.

Circ. n° CIV/13/06 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006, NOR : JUSC0620513C.

Circ. d'application de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, 9 mai 2007, NOR : INTK0700061C.

Circ. d'application du 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, 3 mars 2009, NOR : JUSF0823972D.

Circ. n° CIV/10/09 du 3 juillet 2009 de présentation du décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, non publiée.

2010-2014

Circ. n° CRIM10 – 3/E8 du 9 février 2010 de *Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi du n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux*, NOR n° JUSD1003942C.

Circ. 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.

Circ. n° CIV/13/10 du 1^{er} octobre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants et du décret n° 2010-1134 du 29 septembre 2010 relatif à la procédure civile de protection des victimes de violences au sein du couple, texte non paru au *JO*.

Circ. du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger, *BOMJ* n°2013-01, du 31 janvier 2013, NOR : JUSC1301528C.

Circ. n° DGCS/SD2C/2013/240 du 28 juin 2013 relative à l'organisation et à l'agrément des espaces de rencontre destinés au maintien des liens entre un enfant et ses parents ou un tiers, NOR : AFSA1315581C.

6. – Instructions ministérielles

Instruction ministérielle du 12 avril 1966 relative aux principes généraux sur le choix des prénoms, *JO*, 3 mai 1966 ; *JCP G.*, 1966, II, 31959.

II. – Textes de l'Union européenne

Décision-cadre du 15 mars 2001 du Conseil relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (2001/220/JAI), *JOUE*, n° L. 82, 22 mars 2001, p. 1-4.

Directive n° 2011/92/UE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre n° 2004/68/JAI du Conseil, *JOUE*, n° L 335, 17 décembre 2011, p. 1-14.

INDEX ALPHABETIQUE DES MATIERES

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abandon de l'enfant : 340, 341, 485, 494.

- Accouchement secret et anonyme : voir ces mots.
- Accompagnement parental : 495.
- Admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat : voir ces mots.
- Consentement à l'adoption : 500, 501.
- Restitution de l'enfant : 502, 503, 504.
- Secret de l' – : 513, 514, 515.

Accès aux origines : 340, 484, 511.

- – et filiation de l'enfant né sous X : 518, 519, 520, 521, 522.
- Accouchement secret et anonyme : voir ces mots.
- Assistance médicale à la procréation : voir ces mots.

Accouchement secret et anonyme :

- Accès aux origines : 512, 516, 517, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531.
- Accompagnement : 496.
- Boîtes à bébé : 499.
- Conflit familial : 369.
- Grands-parents de naissance (droits des –) : 364, 365, 366, 367, 368, 369.
- Identité de la mère : 497.
- Instrumentalisation de l' – : 352.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.
- Père de naissance (droits du –) : 355, 356, 357, 358, 359, 360.
- Protection du mineur : 342, 343, 344, 345, 346, 486.
- Renseignements non identifiants : 498.
- Suppression de l'anonymat : 532, 533.

Accouchement sous X

- Accouchement secret et anonyme : voir ces mots.

Accueil du mineur :

- Accueil à la journée : 176, 193.
- Accueil d'urgence : 201.
- Accueil exceptionnel : 194.
- Accueil périodique : 177, 194.
- Accueil provisoire : 178.
- Accueil spécialisé : 179.
- Autorité parentale : voir ces mots.

Action éducative en milieu ouvert : 185, 186.

Admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat : 487, 488.

- Contestation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat : 371, 372, 373, 505, 506, 507.
- Délai butoir : 510.
- Enfant sans filiation établie ou connue : 489, 490, 491.
- Filiation de l'enfant établie et connue : 492, 493.
- Notification de l'arrêté d' – : 508, 509.

Agression sexuelle : 287, 288.

Assistance éducative : 182.

- Accueil du mineur : voir ces mots.
- Action éducative en milieu ouvert : voir ces mots.
- Articulation avec la procédure pénale : 297.
- Audition de l'enfant : 216.
- Danger : voir ce mot.
- Désintérêt manifeste : voir ces mots.

- Droit de visite et d'hébergement : 188, 205, 207, 208.
- Droit de visite médiatisé : 209.
- Droits procéduraux des parents : 218, 219, 220, 221.
- Information de l'enfant : 212, 213.
- Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial : voir ces mots.
- Représentation de l'enfant : 214, 215.

Assistance judiciaire de la famille :

- Assistance éducative : voir ces mots.
- Subsidiarité de l' – : 133, 143, 145, 147, 149, 150, 146, 152, 153, 154, 155, 156.

Assistance médicale à la procréation : 308.

- Accès aux origines : 460, 461, 462, 463.
- Accord des parents : 446.
- Adoption : 447.
- Adoption de l'enfant par l'épouse de la mère : 317, 472.
- Anonymat du donneur : 314, 455, 456, 457, 458.
- Conditions : 309, 311, 312.
- Conséquences de l' – réalisée en fraude en à la loi : 468, 469.
- Couple homosexuel : 475.
- Détournement d'institution : voir ces mots.
- Fabrication d'enfants : 477.
- Femmes célibataires : 476.
- Filiation de l'enfant né d'une – : 443, 444, 445, 448, 452, 454.
- Fraude à la loi : 317, 464.
- Insémination *post mortem* : 310.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.
- Reconnaissance anticipée de l'enfant à naître : 449, 450.

Assistance socio-administrative de la famille : 132.

- Accord des parents : 157, 162, 164.
- Accueil du mineur : voir ces mots.
- Compétence de principe du Conseil général : 134, 138, 141, 151.
- Contrat de responsabilité parentale : voir ces mots.
- Information de la famille : 159, 161.
- Intervention à domicile : voir ces mots.
- Projet pour l'enfant : 163.
- Recueil provisoire en urgence : 162.

Atteinte sexuelle : 286, 288.

Audition de l'enfant : 567, 568, 570, 572, 573, 575.

- Assistance éducative : voir ces mots.
- Conflit familial : voir ces mots.
- Conflit parental : voir ces mots.
- Discernement : 569.
- Médiation familiale : 581.
- Nature juridique de l' – : 574.
- Procédure pénale : 295, 296.
- Refus de l'enfant d'être entendu : 571.

Autorité parentale : 21, 42.

- Acte non usuel : 49, 180, 206, 236, 237, 492, 549, 589.
- Acte usuel : 49, 206, 560, 561.
- Atteinte à l'exercice de l' – : 126, 128, 224, 225, 233, 234, 253.
- Beau-parent : voir ce mot.
- Délégation de l'exercice de l' – : voir ces mots.
- Dévolution : 30, 227.
- Droit et devoir de surveillance : 411.
- Exercice unilatéral de l' – : voir ces mots.
- Mauvais usage de l' – : 235, 426.
- Mesure d'assistance éducative : 187, 195, 204, 205, 206,
- Mesure socio-administrative : 173, 180, 181.

- Privation de l'exercice de l' – : voir ces mots.
- Retrait de l' – : voir ces mots.
- Transformation de l' – : 564.

Avortement : voir les mots interruption volontaire de grossesse.

B

Beau-parent : 555, 556, 557, 559.

- Atteinte à l'autorité parentale : 565.
- Conflit : 565.
- Délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale : 558.
- Mandat d'éducation quotidienne : voir ces mots.
- Obligation alimentaire : 564.
- Obligation d'entretien : 564.
- Partage de l'autorité parentale : voir ces mots.
- Relations personnelles de l'enfant avec son – : voir ces mots.

C

Cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes : 136, 138, 139, 141, 149, 154, 158.

- Information préoccupante : voir ces mots.

Centre d'Etude et de Conservation des Œufs et du Spermé humains : 310, 463.

Châtiments corporels : voir les mots droit de correction.

Circoncision :

- Exercice unilatéral de l'autorité parentale : 237.
- Mutilation à caractère sexuel : 282, 283, 284.

Conflit conjugal :

- Danger : voir ce mot.
- Syndrome d'aliénation parentale : voir ces mots.

Conflit familial : 15, 245, 413, 426, 427, 565, 566, 575, 579, 586.

- Accouchement secret et anonyme : voir ces mots.
- Audition de l'enfant : 568, 570, 571, 572, 573.

Conflit parental : 15, 235, 426, 577, 583, 586.

- Audition de l'enfant : 572, 581.
- Droit de visite : 431.
- Nom de l'enfant : voir ces mots.
- Syndrome d'aliénation parentale : voir ces mots.

Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles : 351, 463, 496, 497, 516, 524, 526, 527, 528, 530, 533.

Contrainte morale : 286, 287, 288.

Contrat de responsabilité parentale :

- Abrogation : 158.
- Contenu : 166.
- Mise en œuvre : 165.
- Portée juridique : 167.

D

Danger : 197, 203, 345, 346, 493, 587.

- Actualité du – : 104.
- Assistance éducative : 80, 101.
- Caractéristiques : 91.
- Carence éducative : 87.
- Circonstances exceptionnelles : 107.
- Communication d'informations : 116, 117, 118.
- Conflit : 84.
- Conflit conjugal : 113, 427.

- Conflit de compétences : 111, 112, 113, 114, 115, 129, 130, 131.
- Délaissement : 52, 55, 68, 71, 77.
- Désintérêt manifeste : 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51.
- Evaluation : 95, 96, 97, 98.
- Exercice unilatéral de l'autorité parentale : 106.
- Imminence du – : 104.
- Indétermination de la notion de – : 82.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.
- Intervention socio-administrative : 80, 119, 120, 121, 122.
- Motifs graves : 105.
- Parents homosexuels : 378.
- Pauvreté : 93.
- Péril : 56.
- Preuve du – : 99, 100.
- Réalité du – : 102, 103, 105, 106, 107, 108.
- Retrait de l'autorité parentale : 80, 109, 110.
- Séparation parentale conflictuelle : 427.
- Situations de – : 81, 92.
- Standard juridique : 89.
- Urgence : 85, 104.
- Usage linguistique courant : 83.
- Violences conjugales : 108, 432, 433, 434, 593, 594, 595.

Déclaration judiciaire d'abandon :

- Désintérêt manifeste : voir ces mots.
- Effets de la – : 270.
- Finalité de la – : 267.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.
- Procédure : 268, 269.

Délaissement : 26, 27, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 78, 345, 346.

- Danger : voir ces mots.
- Désintérêt manifeste : voir ces mots.

Délaissement de mineur dans un lieu quelconque :

- Caractères : 60.
- Circonstances : 61.
- Désintérêt manifeste : voir ces mots.

Délégation de l'exercice de l'autorité parentale :

- Conditions : 243, 244, 245, 246.
- Désintérêt manifeste : voir ces mots.
- Dévolution de l'autorité parentale : 248, 249.
- Droit de visite et d'hébergement : 250.
- Durée ; 251.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.

Désintérêt manifeste :

- Abandon moral et matériel : 68.
- Assistance éducative : 53.
- Caractères : 35.
- Danger : voir ce mot.
- Déclaration judiciaire d'abandon : 33.
- Délégation de l'exercice de l'autorité parentale : 33, 45, 51.
- Exercice unilatéral de l'autorité parentale : 31, 32.
- Existence du – : 34.
- Négligence parentale : 28.
- Objectivation : 37, 38, 39, 40.
- Origines : 44.
- Pauvreté : 36.
- Retrait de l'autorité parentale : 29, 54.
- Sanction pénale : 62.

Détournement d'institution : 313.

- Assistance médicale à la procréation : 314, 315, 316.
- Délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale : 395.
- Gestation pour autrui : 333, 334, 335.

Discernement de l'enfant : 117, 159, 163, 212, 213, 214, 215.

- Atteinte sexuelle : 286.

- Audition de l'enfant : voir ces mots.

Droit de correction : 274, 275, 276, 277.

Droits de la personnalité : 16, 604, 605, 607.

E

Enfant : 11.

- Droit à l' – : 307, 385, 352, 440.
- – délaissé : voir le mot délaissement.
- – désiré : 306, 307.
- – en danger : voir le mot danger.
- – non désiré : 306.
- – objet d'aliénation : 108, 425.
- – objet de possession : 376, 397.
- – objet social : 375, 535.
- – victime de sa famille : voir ces mots.
- Evolution de la protection de l' – : 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 22.
- Instrumentalisation de l' – : 416.
- Réification sociale de l' – : 424.

Enfant victime de sa famille : 14, 15, 16.

- Catégorie classique d' – : 24, 25, 79, 123, 125.
- Catégorie moderne d' – : 305, 438.
- Conception classique de la notion d' – : 20, 23, 127, 427, 301.
- Conception moderne de la notion d' – : 20, 304, 427.
- Conceptualisation de la notion d' – : 18.
- Droits de la personnalité : voir ces mots.
- Pluralité des catégories d' – : 606.
- Qualification : 19, 604, 605.
- Unicité de la notion d' – : 124, 301, 427, 586, 589, 607.

Excision : 280, 281.

Exercice unilatéral de l'autorité parentale :

- Circoncision : voir ce mot.
- Danger : voir ce mot.
- Désintérêt manifeste : voir ces mots.
- Dévolution de l'autorité parentale : 239, 240, 241.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.
- Soustraction de mineur : voir ces mots.
- Violation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale : 236.

F

Famille : 12.

- – homoparentale : 377, 422, 423, 424.

Filiation de complaisance : 418, 420, 421.

Filiation putative : 473.

Fraude à la loi :

- Assistance médicale à la procréation : voir ces mots.
- Délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale : 396.
- Gestation pour autrui : voir ces mots.
- Sanction de la – : 473.

G

Gestation pour autrui : 318.

- Adoption de l'enfant né d'une – : 334, 472.
- Conséquences de la – pour l'enfant : 468, 469.
- Détournement d'institution : voir ces mots.
- Don de – : 479.
- Droit comparé : 326, 327, 328, 329.
- Fraude à la loi : 332, 464.
- Interdiction de la – : 320, 321, 322, 323, 324, 325.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.

- Nationalité de l'enfant né d'une – : 331, 466.
- Possession d'état : 335.
- Reconnaissance de l'enfant né d'une – : 333.
- Refus de transcription des actes de naissance : 331, 332.
- Sanction pénale : 322, 480, 481, 482, 483.
- Vie familiale : 471.
- Vie privée : 470.

H

Homoparentalité :

- Consécration de l'– : 389.
- Délégation partage de l'autorité parentale : 386, 387, 388.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.

Homoparenté : 378, 379, 381, 382, 383, 384, 385.

I

Inceste : 289, 290, 291.

Individualisme : 12, 302, 304, 437, 544.

Infibulation : voir le mot excision.

Information préoccupante : 135, 136.

- Circulation des – : 142.
- Information des parents : 160.
- Recueil : 138, 139.
- Standard juridique : 137.

Intérêt de l'enfant : 8, 10, 15, 21, 30, 40, 48, 49, 51, 115, 140, 178, 182, 188, 191, 193, 197, 200, 202, 203, 205, 206, 224, 226, 231, 235, 240, 241, 299, 300, 302, 309, 310, 341, 380, 385, 393, 395, 421, 424, 426, 439, 440, 480, 493, 502, 534, 536, 537, 559, 560, 561, 562, 563, 564,

565, 570, 572, 576, 577, 578, 580, 584, 602, 607.

- Accouchement secret et anonyme : 348, 349, 350, 351, 353, 360, 365, 366, 367, 368, 373, 499, 506, 533.
- Assistance médicale à la procréation : 309, 310, 311, 312, 446, 453, 459, 467.
- Changement de nom : 546, 547.
- Circonstances exceptionnelles : 107.
- Conflit parental : 430.
- Danger : 86, 101, 103.
- Déclaration judiciaire d'abandon : 40, 269, 270.
- Délégation de l'exercice de l'autorité parentale : 247, 249, 251.
- Délégation partage de l'autorité parentale : 558.
- Droit de visite et d'hébergement : 207, 423, 431.
- Exercice unilatéral de l'autorité parentale : 31, 106.
- Gestation pour autrui : 332, 336, 337, 338, 467, 469, 470, 472, 473, 474.
- Homoparentalité : 390, 391, 392, 393, 394.
- Motifs graves : 105.
- Nom de l'enfant : 542, 544, 545.
- Prénom de l'enfant : 406, 409, 550, 551, 552, 553.
- Principe « californien » : 585, 586, 587.
- Relations personnelles de l'enfant avec des tiers : 411, 412, 413, 414, 415.
- Résidence alternée : 428, 429.
- Retrait de l'autorité parentale : 256, 259, 265.
- Violences conjugales : 597.

Interruption volontaire de grossesse : 339.

Intervention à domicile : 169.

- Accompagnement en économie sociale et familiale : 172.
- Action éducative à domicile : 170, 171.

- Autorité parentale : voir ces mots.

J

Juge aux affaires familiales :

- Saisine par le mineur : 576.

Juge des enfants (office du –) : 217.

M

Maltraitance : 79, 274.

Mandat d'éducation quotidienne : 560, 561, 565.

Maternité de substitution : voir les mots gestation pour autrui.

Maternité pour autrui : voir les mots gestation pour autrui.

Médiation familiale : 578, 579, 580.

- Audition de l'enfant : voir ces mots.

Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial : 190, 191.

Meurtre du mineur : 273.

Mise en péril du mineur : 57.

- Délaissement de mineur dans un lieu quelconque : voir ces mots.

- Soustraction du parent à ses obligations légales : voir ces mots.

N

Nom de famille : 399, 400.

- Attribution : 401.

- Changement administratif du – : 547, 548.

- Changement judiciaire du – : 543, 544, 545, 546.

- Conflit parental : 538.

- Omission de la déclaration conjointe : 539, 540

- Volonté maternelle : 403, 404, 541, 542, 543, 544, 545.

P

Parentalité : 303, 305.

Partage de l'autorité parentale : 562, 563, 565.

Partage d'informations : 140.

Pauvreté :

- Danger : voir ce mot.

- Désintérêt manifeste : voir ces mots.

Placement :

- – socio-administratif : 178.

- – judiciaire prononcé par le juge aux affaires familiales : 226.

- – judiciaire prononcé par le juge des enfants : 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203.

Prénom : 405.

- Changement de prénom : 554.

- Désaccord des parents : 407, 549.

- Libre choix des parents : 406, 408, 409.

- Office du juge aux affaires familiales : 551, 552, 553.

- Officier de l'état civil : 550.

Principe « californien » : 584, 585, 586, 587, 588.

- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.

Privations d'aliments ou de soins : 72, 73, 74, 75, 76.

Privation de l'exercice de l'autorité parentale : 228, 229, 230.

Procédure participative : 582.

Procréation médicalement assistée : voir les mots assistance médicale à la procréation.

R

Relations personnelles de l'enfant :

- Avec ses grands-parents : 412, 413.
- Avec son beau-parent : 415, 417, 418, 419, 555.
- Avec son parent social homosexuel : 422, 423, 424.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.

Représentation de l'enfant :

- Assistance éducative : voir ces mots.
- Procédure pénale : 292, 293, 294.

Retrait de l'autorité parentale :

- Désintérêt manifeste : voir ces mots.
- Domaine du – : 258, 259.
- Effets du – : 260, 261, 262.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.
- Opportunité du – : 256, 257.
- Restitution de l'autorité parentale : 266.
- Sanction de l'autorité parentale : 255.
- Suppléance des parents : 263, 265.

S

Secret professionnel : 140, 153.

Soustraction de mineur : 238.

Soustraction du parent à ses obligations légales :

- Abandon moral et matériel : 65, 66, 67.
- Abandon pécuniaire de la famille : 69, 70.
- Dualité des qualifications : 63.

Standard juridique : 88.

Subsidiarité : 144.

- – de l'intervention judiciaire : voir les mots assistance judiciaire de la famille.
- – de la sanction pénale : 272.

Syndrome d'aliénation parentale : 108, 425.

- Amende civile : 589.
- Astreinte : 590.
- Conflit conjugal : 430.
- Conflit parental : 427, 428, 430, 431.
- Danger : voir ce mot.
- Droit de visite et d'hébergement : 427.
- Droit de visite médiatisé : 431.
- Résidence alternée : 428, 429.
- Responsabilité civile : 589.
- Séparation parentale conflictuelle : 426.
- Violences conjugales : voir ces mots.

V

Victime : 13.

Vie familiale projetée : 354, 363.

Viol : voir les mots agression sexuelle.

Violences conjugales : 15, 566, 591, 594.

- Aliénation de l'enfant : 435.
- Catégorie moderne d'enfant victime de sa famille : 108.
- Danger : voir ce mot.
- Eloignement du parent violent : 596, 597, 598, 599, 600.
- Enfant victime des – : 434.
- Exercice de l'autorité parentale : 592, 593.
- Intérêt de l'enfant : voir ces mots.
- Ordonnance de protection : 595.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	1
ABREVIATIONS	3
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION.....	9
PARTIE 1. LES FONDEMENTS DE LA NOTION D'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE	41
<i>TITRE 1. LA DETERMINATION DES CATEGORIES CLASSIQUES D'ENFANTS VICTIMES DE LEURS FAMILLES</i>	<i>45</i>
CHAPITRE 1. L'ENFANT DELAISSE PAR SA FAMILLE.....	47
Section 1. Le désintéret manifeste de la famille pour l'enfant.....	48
§ 1/ La notion de désintéret manifeste.....	49
A/ Le désintéret manifeste du parent après la séparation du couple conjugal	50
B/ Le désintéret manifeste des parents après le recueil de l'enfant par un tiers.....	54
C/ L'objectivation potentielle de la notion de désintéret manifeste.....	61
1/ L'exclusion de la volonté des père et mère par le recours à la notion de délaissement parental	61
2/ Les imperfections des différents projets de définition du délaissement parental.....	66
§ 2/ La comparaison de la notion de désintéret manifeste avec le concept de danger.....	69
A/ Les procédures de délégation d'autorité parentale et de déclaration judiciaire d'abandon.....	70
1/ Le recueil de droit de l'enfant par un tiers	72
2/ Le recueil de fait de l'enfant par un tiers	77
B/ Les procédures de retrait d'autorité parentale et d'assistance éducative.....	80
Section 2. Les mises en péril de l'enfant par sa famille.....	83
§ 1/ L'abandon du mineur par sa famille	85
A/ L'abandon physique de l'enfant : le délaissement de mineur dans un lieu quelconque	85
B/ La soustraction du parent à ses obligations légales	89
1/ L'abandon moral et matériel de l'enfant.....	91
2/ L'abandon pécuniaire de la famille consécutif à une décision judiciaire	96
§ 2/ La privation d'aliments ou de soins	102
Conclusion du chapitre 1.....	108
CHAPITRE 2. L'ENFANT EN DANGER OU EN RISQUE DE DANGER DANS SA FAMILLE.....	109
Section 1. Le danger : une notion polysémique	110
§ 1/ Une notion indéterminée du droit de la famille	111

A/ Les rapprochements doctrinaux.....	112
B/ Un standard juridique	116
§ 2/ Une notion délimitée par la jurisprudence	118
A/ Une notion de fait.....	119
B/ La résurgence des situations de danger rencontrées en jurisprudence	120
Section 2. L'existence du danger ou du risque de danger	125
§ 1/ L'appréciation du danger ou du risque de danger	125
A/ L'évaluation objective du danger	126
B/ L'évaluation concrète du danger	128
§ 2/ La démonstration du danger ou du risque de danger	130
A/ La preuve du danger en cas d'intervention judiciaire	130
1/ La preuve du danger par le juge des enfants	131
2/ La preuve du danger par le juge aux affaires familiales	135
3/ La preuve du danger par le tribunal de grande instance ou la juridiction pénale	141
4/ Les conflits de compétence au sein de la protection judiciaire de l'enfance	145
a/ La résolution des conflits de compétence entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales	146
b/ La communication des informations entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance	151
B/ La preuve du danger ou du risque de danger en cas d'intervention socio-administrative	153
Conclusion du chapitre 2.....	156
<i>CONCLUSION DU TITRE 1</i>	159
<i>TITRE 2. LE REGIME GENERAL DE PROTECTION DE L'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE</i>	161
CHAPITRE 1. L'ASSISTANCE DE LA FAMILLE	163
Section 1. L'assistance socio-administrative de la famille.....	164
§ 1/ La primauté accordée à l'assistance socio-administrative de la famille	165
A/ La transmission des informations préoccupantes aux Conseils généraux.....	166
1/ La notion d'information préoccupante.....	167
2/ Le recueil des informations préoccupantes	170
3/ Le suivi des enfants victimes de leurs familles après le recueil d'une information préoccupante.....	175
B/ La subsidiarité de l'intervention judiciaire	178
1/ La signification du principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire.....	179
2/ Les conditions de l'intervention de l'autorité judiciaire	181
a/ L'intervention indirecte de l'Autorité judiciaire	182
i/ L'énumération des hypothèses de saisine du procureur de la République	182
ii/ L'énumération incomplète des hypothèses de saisine du procureur de la République	185

b/ L'intervention directe de l'autorité judiciaire	191
§ 2/ Une assistance subordonnée à l'accord des parents	194
A/ La recherche du consentement familial à l'assistance socio-administrative	194
1/ L'information des parents et la transmission des informations préoccupantes	195
2/ La participation de la famille au processus décisionnel	197
3/ L'illusion d'une participation de la famille au processus décisionnel : l'ancien contrat de responsabilité parentale	204
B/ L'assistance socio-administrative de la famille et l'exercice de l'autorité parentale	208
1/ L'intervention au domicile de la famille	209
a/ Les formes de l'intervention à domicile	209
b/ Les conséquences de l'intervention à domicile sur l'autorité parentale	212
2/ L'accueil du mineur hors du domicile familial	213
a/ Les formes de l'accueil du mineur hors du domicile familial	213
i/ L'intervention au domicile familial combiné à des séparations ponctuelles	214
ii/ Le placement socio-administratif de l'enfant	215
b/ Les conséquences de l'accueil du mineur hors du domicile familial sur l'autorité parentale	217
Section 2. L'assistance judiciaire de la famille	221
§ 1/ La restauration de l'autorité parentale	222
A/ L'assistance de la famille dans la confiance	222
B/ L'assistance de la famille dans la défiance	231
1/ La mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial	232
2/ L'assistance de la famille et la mise à l'écart des parents	234
a/ L'enfant ponctuellement séparé de sa famille	235
b/ L'enfant durablement séparé de sa famille	239
i/ Les modalités de l'accueil durable du mineur	240
ii/ Les conséquences de la séparation durable sur l'exercice de l'autorité parentale	247
c/ L'encadrement des liens familiaux en cas de séparation durable de l'enfant et de sa famille	256
§ 2/ Les particularismes de la procédure d'assistance éducative	261
A/ La capacité juridique conférée au mineur	262
1/ L'information de l'enfant	263
2/ L'incomplétude des modalités d'assistance et de représentation du mineur	266
3/ L'audition de l'enfant	270
B/ La recherche de l'adhésion de la famille	272
Conclusion du chapitre 1	280
CHAPITRE 2. LA SUPPLEANCE DE LA FAMILLE	283
Section 1. L'exercice confisqué de l'autorité parentale	284
§ 1/ La perte de l'exercice de l'autorité parentale	287

A/ La privation de l'exercice de l'autorité parentale.....	288
B/ L'exercice unilatéral de l'autorité parentale en cas de séparation conjugale	292
1/ Le maintien conditionné de l'exercice en commun de l'autorité parentale	293
2/ L'exercice exclusif de l'autorité parentale par l'un des parents.....	295
3/ La situation des parents en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale	302
§ 2/ La délégation de l'exercice de l'autorité parentale	306
A/ Les conditions de la délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale.....	307
B/ La situation des parents en cas de délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale	314
Section 2. L'exercice sanctionné de l'autorité parentale.....	318
§ 1/ Les sanctions civiles du comportement familial	319
A/ Le retrait de l'autorité parentale	321
1/ La finalité du retrait de l'autorité parentale.....	322
2/ Le domaine personnel du retrait de l'autorité parentale.....	325
3/ Les conséquences limitées du retrait de l'autorité parentale.....	329
B/ La déclaration judiciaire d'abandon	339
§ 2/ Les sanctions pénales du comportement familial.....	346
A/ La protection pénale de la personne du mineur contre sa famille	349
1/ La protection de l'intégrité physique du mineur contre sa famille	350
2/ La protection de l'intégrité sexuelle du mineur contre sa famille.....	355
a/ Les mutilations à caractère sexuel	356
i/ L'excision et l'infibulation.....	357
ii/ La circoncision.....	359
b/ Les atteintes sexuelles	363
i/ La sanction spécifique du défaut de consentement du mineur victime.....	364
ii/ L'incrimination de l'inceste commis sur mineur dans le Code pénal.....	369
B/ Les conséquences procédurales de la protection pénale du mineur victime de sa famille	373
Conclusion du chapitre 2.....	383
<i>CONCLUSION DU TITRE 2.....</i>	<i>385</i>
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	387
PARTIE 2. LE RENOUVELLEMENT DE LA NOTION D'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE	389
<i>TITRE 1. LA DETERMINATION DES CATEGORIES MODERNES D'ENFANTS VICTIMES DE LEURS FAMILLES</i>	<i>393</i>
CHAPITRE 1. LE DESIR D'ENFANT	397
Section 1. La réalisation frauduleuse du désir d'enfant	398
§ 1/ Le recours à l'assistance médicale à la procréation	400
A/ Les conditions de mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation.....	401
B/ L'instrumentalisation de l'assistance médicale à la procréation	405
1/ L'éviction du cadre légal.....	406

2/ L'éviction de la finalité thérapeutique poursuivie.....	408
§ 2/ Le recours à une maternité de substitution.....	416
A/ L'interdiction de principe des maternités de substitution	417
1/ L'interdiction légale des maternités de substitution.....	417
2/ La justification de l'interdiction légale	420
3/ L'approche comparée des maternités de substitution	422
B/ Le détournement d'institution en cas de maternité de substitution	426
1/ L'opposition de la Cour de cassation à la transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une maternité de substitution.....	426
2/ Le détournement des règles relatives à l'établissement de la filiation.....	429
3/ L'appréciation <i>in abstracto</i> de l'intérêt supérieur de l'enfant	433
Section 2. L'enfant non désiré par sa famille.....	436
§ 1/ Les enjeux de l'abandon volontaire de l'enfant non désiré.....	441
A/ La protection préventive du corps de l'enfant non désiré	442
1/ La protection du droit à la vie de l'enfant non désiré.....	443
2/ La protection de l'intégrité physique de l'enfant non désiré.....	445
B/ La conformité de l'accouchement secret et anonyme aux Droits de l'Homme et aux Libertés fondamentales.....	447
1/ La conciliation de l'intérêt supérieur de l'enfant avec l'intérêt des parents	448
2/ L'intérêt supérieur de l'enfant insuffisamment ménagé	451
§ 2/ La relativité du droit au refus de l'enfant en cas d'accouchement secret et anonyme	455
A/ Le droit de l'enfant à être élevé par son père de naissance	456
1/ La volonté contrariée du père de naissance d'établir une vie familiale avec l'enfant	457
2/ L'insuffisante protection de la vie familiale entre l'enfant et son père de naissance.....	459
3/ Les autres possibilités pour maintenir une vie familiale entre l'enfant et son père de naissance.....	462
B/ Le droit de l'enfant à être élevé par ses grands-parents de naissance	467
1/ La volonté contrariée des grands-parents de naissance d'établir un lien avec l'enfant	468
2/ La protection relative de la vie familiale entre l'enfant et ses grands-parents de naissance.....	471
C/ La reconnaissance de la primauté de la famille de naissance dans l'intérêt supérieur de l'enfant.....	474
Conclusion du chapitre 1	480
CHAPITRE 2. L'ENFANT OBJET SOCIAL	481
Section 1. L'enfant objet de possession	482
§ 1/ La reconnaissance incomplète de la famille homoparentale.....	483
A/ L'établissement de l'homoparenté pour les couples homosexuels mariés.....	484
1/ L'exclusion <i>a priori</i> de la qualité d'enfant victime de sa famille	485
2/ L'admission <i>a posteriori</i> de la qualité d'enfant victime de sa famille.....	487

B/ Le refus de l'homoparenté pour les couples homosexuels non mariés	490
1/ L'adoption simple refusée	491
2/ La reconnaissance de l'homoparentalité par la délégation partage de l'autorité parentale	494
a/ La mise en œuvre de la délégation partage de l'autorité parentale	495
b/ L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant	498
c/ Le détournement de la délégation partage de l'autorité parentale.....	506
§ 2/ L'emprise des volontés familiales sur l'enfant	509
A/ L'identification de l'enfant.....	510
1/ Le nom de famille de l'enfant	510
a/ Un droit d'option encadré.....	512
b/ L'immodération de la volonté maternelle	515
2/ Le prénom de l'enfant	518
a/ L'attribution du prénom par les parents	519
b/ « <i>Des calendriers à la liberté</i> »	522
B/ Les relations personnelles de l'enfant avec des tiers	525
1/ Les relations de l'enfant avec ses grands-parents	527
2/ Les relations de l'enfant avec son beau-parent	532
a/ L'éclatement de la famille recomposée	532
i/ Le beau-parent tiers à l'égard de l'enfant	533
ii/ Le beau-parent devenu parent	534
b/ L'éclatement de la famille homoparentale	542
Section 2. L'enfant objet d'aliénation	547
§ 1/ L'enfant et les séparations parentales conflictuelles	548
A/ L'enfant victime du conflit conjugal	550
B/ L'incomplétude de la protection du mineur	557
§ 2/ L'enfant et les violences conjugales.....	561
A/ L'inadaptation du rattachement du mineur à la catégorie classique d'enfant en danger	562
B/ La reconnaissance de la qualité de victime au profit de l'enfant.....	563
Conclusion du chapitre 2.....	567
<i>CONCLUSION DU TITRE 1</i>	569
<i>TITRE 2. LES REGIMES SPECIAUX DE PROTECTION DE L'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE</i>	571
CHAPITRE 1. LA REGULATION DU DESIR D'ENFANT	573
Section 1. La filiation de l'enfant conçu avec l'assistance d'un tiers	574
§ 1/ La filiation de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur.....	575
A/ L'établissement contraint de la filiation à l'égard du couple receveur	576
1/ L'efficacité relative de la parenté imposée au couple receveur	577
2/ L'efficacité renouvelée de la parenté imposée au couple receveur.....	581
B/ L'établissement interdit de la filiation à l'égard du tiers donneur.....	590

1/ Le principe de l'anonymat du tiers donneur	591
2/ La remise en cause du principe de l'anonymat du donneur	596
§ 2/ La reconnaissance de la filiation de l'enfant né en fraude à la loi	602
A/ L'adaptation du droit au fait.....	604
1/ La consécration d'un lien de filiation électif.....	605
a/ Les arguments juridiques et pratiques	606
b/ L'argument des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.....	609
c/ Le bien-fondé du recours à l'adoption.....	613
2/ La question de l'extension de l'accès à la procréation médicalement assistée.....	619
B/ Le maintien de principe de la prohibition des maternités de substitution	624
1/ Le refus d'une conventionnalisation de l'enfant.....	625
2/ L'incomplétude de la réponse pénale.....	627
Section 2. L'accès aux origines de l'enfant non désiré par sa famille	633
§ 1/ Les formes de l'abandon de l'enfant non désiré	634
A/ Les conditions de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat.....	635
1/ Les hypothèses d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat	636
a/ L'enfant non désiré sans filiation établie ou connue	636
b/ L'enfant non désiré remis volontairement par ses parents.....	638
2/ L'accompagnement parental au cours de l'abandon de l'enfant non désiré	643
a/ Les garanties entourant la remise ou le recueil de l'enfant non désiré.....	643
b/ Le consentement à l'adoption de l'enfant non désiré.....	648
c/ La restitution de l'enfant non désiré aux parents.....	650
B/ La contestation de l'arrêté de l'admission en qualité de pupille de l'Etat.....	654
1/ Les conditions de recevabilité	654
2/ L'incomplétude de l'information des proches de l'enfant	657
§ 2/ La relativité du droit de l'enfant de connaître ses origines en cas d'accouchement secret et anonyme	662
A/ Les limitations apportées au droit au secret de la mère.....	663
1/ Le champ d'application du secret.....	664
2/ La mise en œuvre du droit à la connaissance de ses origines	666
a/ L'accès aux origines et l'établissement de la filiation de naissance	666
i/ L'enfant non désiré par sa famille et adopté	667
ii/ L'enfant non désiré par sa famille et non adopté.....	668
b/ Les modalités du droit d'accéder à ses origines.....	672
i/ Le principe de l'accès aux origines en l'absence de secret.....	672
ii/ Les restrictions à l'accès aux origines en cas de secret.....	674
B/ Supprimer l'anonymat lors de l'accouchement de la mère	679
Conclusion du chapitre 1.....	681
CHAPITRE 2. LE REFUS D'UNE REIFICATION SOCIALE DE L'ENFANT.....	683
Section 1. L'encadrement des volontés familiales sur l'enfant.....	684
§ 1/ Le contrôle du choix de l'identité de l'enfant	685
A/ L'office du juge et le nom de l'enfant.....	686

1/ L'incomplétude de l'encadrement judiciaire de la volonté maternelle	686
a/ L'insuffisance des règles de droit positif.....	688
b/ Le rétablissement d'une faculté de changement judiciaire du nom	691
2/ Le changement de nom par la procédure administrative.....	695
B/ L'office du juge et le prénom de l'enfant	698
1/ L'intervention préalable de l'officier de l'état civil.....	699
2/ Le contrôle réalisé par le juge aux affaires familiales.....	701
§ 2/ L'organisation des relations de l'enfant avec son beau-parent durant la vie commune	706
A/ Le cadre juridique des relations entre l'enfant et son beau-parent.....	707
B/ Le renouvellement du cadre juridique des relations entre l'enfant et son beau-parent	711
1/ Le mandat d'éducation quotidienne	712
2/ Le partage de l'autorité parentale.....	715
3/ L'autorité parentale dénaturée.....	718
Section 2. La protection du libre arbitre de l'enfant	723
§ 1/ La résolution consensuelle des conflits parentaux	724
A/ La prise en compte de la parole de l'enfant.....	725
1/ Les conditions préalables à l'audition du mineur.....	727
2/ La réalisation de l'audition.....	734
3/ Renforcer la participation de l'enfant dans les procédures le concernant.....	738
B/ Le recours à la médiation familiale	742
1/ La définition de la médiation familiale	743
2/ La mise en œuvre de la médiation familiale	745
§ 2/ La résolution contrainte des conflits parentaux	750
A/ La mise en œuvre du principe « californien ».....	751
1/ La sanction du comportement parental aliénant.....	752
2/ La relativité du principe « californien » face à l'intérêt supérieur de l'enfant	756
B/ La sanction des violences conjugales	761
1/ Le parent violent : un mauvais parent	762
2/ La protection de l'enfant par l'éloignement du parent violent.....	765
a/ L'éloignement de l'enfant dans le cadre de la procédure civile.....	766
b/ L'éloignement de l'enfant dans le cadre de la procédure pénale	771
Conclusion du chapitre 2.....	775
<i>CONCLUSION DU TITRE 2</i>	777
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	779
CONCLUSION GENERALE	781
BIBLIOGRAPHIE	787
TABLE DE JURISPRUDENCE	857
TABLE DES TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES	903
INDEX ALPHABETIQUE DES MATIERES	911
TABLE DES MATIERES	919

L'ENFANT VICTIME DE SA FAMILLE

Résumé :

La protection de l'enfant constitue une préoccupation majeure de notre droit, afin que le mineur ne soit pas victime d'un dommage. Cette protection est en premier lieu assurée par la famille. Il peut donc paraître surprenant que l'enfant soit victime de sa famille, ce d'autant plus que les parents doivent agir dans l'intérêt de l'enfant. La notion d'enfant victime de sa famille n'existe pas en tant que tel dans notre droit. La victime supporte souvent un dommage causé par un tiers et non par un membre de sa propre famille. L'étude des situations où l'enfant pourrait subir une atteinte à ses droits de la personnalité, en raison d'une action ou d'une omission de l'un des membres de sa famille, a toutefois permis la conceptualisation de la notion d'enfant victime de sa famille. Il a ainsi été possible de qualifier les différentes réalités rencontrées, en fonction de leurs ressemblances ou de leurs dissemblances. Cette analyse empirique a conduit à déterminer des catégories d'enfants victimes de leurs familles auxquelles correspondent un régime de protection. Elle a notamment eu pour conséquence la recherche de nouveaux instruments de protection adaptés aux spécificités des hypothèses étudiées. Ce processus de catégorisation a permis l'accès à la juridicité des réalités sociales et familiales appréhendées. Il a également été l'occasion de mettre en évidence les fondements de la notion d'enfant victime, dans le sens où le droit a consacré des situations classiques d'enfants victimes de leurs familles. L'apparition de nouvelles réalités sociales a cependant rendu nécessaire le renouvellement de la notion d'enfant victime de sa famille, afin de pallier les limites des fondements de la notion et de garantir la représentation effective de ce phénomène dans le discours juridique.

Mots clés :

Autorité parentale, beau-parent, châtiments corporels, conflit familial, danger, délaissement parental, droits de la personnalité, enfant, famille, famille homoparentale, famille recomposée, filiation, gestation pour autrui, individualisme, intérêt de l'enfant, liens de parenté, maltraitance, mineur, nom de famille, parentalité, parents, prénom, procréation médicalement assistée, séparation parentale conflictuelle, vie familiale, vie privée, victime, violences conjugales, violences physiques, violences sexuelles.

THE CHILD VICTIM OF HIS FAMILY

Abstract :

The child protection represents a major cause for concern of our law, so that the minor doesn't sustain damage. This protection is firstly performed by the family. So, it may seem surprising that the child is victim of his family, as far as parents must act in the interests of the child. The notion of child victim of his family doesn't exist as such in our law. The victim often endures an injury caused by a third person and not by a family member. The study of situations where the child may suffer an infringement of his personality rights, due to act or omission of one of the family members, allowed conceptualization of the notion of child victim of family. It was thus possible to characterize the different realities encountered, according to their similarities or dissimilarities. This empirical analysis led to ascertain categories of child victims of their families and the corresponding legal system. It had especially as a consequence new protection instruments research, appropriate to specific assumptions studied. This process allowed social or family realities encountered getting to legal validity. It was also an opportunity to bring out foundations of the concept of child victim of family, in so far as law has hallowed situations of child victims of their families. However, emergence of new social realities necessitated the renewal of the concept of child victim of family, in order to alleviate the limits of the foundations of the notion and to guarantee effective representation of this phenomenon in legal speech.

Keywords :

Assisted reproduction, child, child interest, conflicted parental separation, corporal punishment danger, domestic violence, family, family dispute, family life, first name, gay parenting, kinship, ill-treatment, individualism, minor, name, parentage, parental neglect, parental responsibility, parenthood, parents, parent-in-law, private life, physical violence, right of the personality, sexual violence, stepfamily, surrogacy, victim.

Unité de recherche/Research unit : Centre de recherches Droits et perspectives du droit (EA n° 4487), Equipe René Demogue, Campus Moulin, 1 place Déliot, 59000 Lille, <http://crdp.univ-lille2.fr/>.

Ecole doctorale/Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>.

Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>.