UNIVERSITE JEAN MOULIN LYON 3
FACULTE DE DROIT

LE PARENT INCAPABLE

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit,
présentée et soutenue publiquement le 3 avril 2006
par

Matthieu PORTEFAIX

Directeur de thèse

M. **Hugues FULCHIRON**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3,
Doyen de la Faculté de Droit

Membres du Jury

M. **Thierry FOSSIER**, Professeur associé à l'Université d'Auvergne
Président de chambre à la Cour d'appel de Douai

Mme **Adeline GOUTTENOIRE**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France Grenoble 2

M. **Jean-Jacques LEMOULAND**, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Mme **Blandine MALLET-BRICOUT**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

UNIVERSITE JEAN MOULIN LYON 3
FACULTE DE DROIT

LE PARENT INCAPABLE

Thèse pour l'obtention du doctorat de droit,
présentée et soutenue publiquement le 3 avril 2006
par

Matthieu PORTEFAIX

Directeur de thèse

M. **Hugues FULCHIRON**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3,
Doyen de la Faculté de Droit

Membres du Jury

M. **Thierry FOSSIER**, Professeur associé à l'Université d'Auvergne
Président de chambre à la Cour d'appel de Douai

Mme **Adeline GOUTTENOIRE**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France Grenoble 2

M. **Jean-Jacques LEMOULAND**, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Mme **Blandine MALLET-BRICOUT**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

L’université Jean Moulin, Lyon 3, n’entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse ; les opinions émises doivent être considérées comme propres à leur auteur.

LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ famille	Actualités juridiques famille
al.	Alinéa
ALD	Actualités législatives Dalloz
Ann. médico-psychol	Annales médico-psychologiques
Arch. Philo. Droit	Archives de philosophie du droit
Ass. Nat.	Assemblée nationale
ass. plén.	Assemblée plénière
art.	Article
BO	Bulletin officiel
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CE	Conseil d'État
Cf.	*Confer*
chron.	Chronique
circ.	Circulaire
Coll.	Collection
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire notarial Defrénois
DH	Dalloz Hebdomadaire
D&P	Droit et patrimoine
Dr. famille	Droit de la famille (Revue du Juris-Classeur Périodique)

DP	Dalloz Périodique
Dr. soc.	Droit social
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
infra	Voir ci-dessous
IR	Informations rapides
J.-Cl. civ.	Juris-Classeur de droit civil
JDJ	Journal du droit des jeunes
JCP G	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition notariale
JCP E	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition entreprise
JE	Juge des enfants
JO	Journal Officiel
jurisp.	Jurisprudence
Méd. & Droit	Médecine et Droit
obs.	Observations
op. cit.	*Opere citato*
p.	Page
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
préc.	Précité
RC ass.	Responsabilité civile et assurances (Revue du Juris-Classeur Périodique)
RD publ.	Revue du droit public et de la science politique
RD sanit. soc.	Revue de droit sanitaire et social
Rec. CE	Recueil Lebon
Rép. civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. pén. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit pénal
Rép. min.	Réponse ministérielle
req.	Requête
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RFD adm.	Revue française de droit administratif
RJPF	Revue juridique personnes et famille

RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Sirey (Recueil)
s.	Suivants
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
supra	Voir ci-dessus
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
v°	Verbo
vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DU PARENT INCAPABLE

TITRE 1 : AVANT LA NAISSANCE DE L'ENFANT

Chapitre 1 : L'incapable et la procréation

Chapitre 2 : L'incapable en état de grossesse

TITRE 2 : APRÈS LA NAISSANCE DE L'ENFANT

Chapitre 1 : L'établissement de la filiation

Chapitre 2 : L'exercice des prérogatives parentales

SECONDE PARTIE

LA PROTECTION DE L'ENFANT DE L'INCAPABLE

TITRE 1 : LA PROTECTION DE L'ENFANT LORSQUE LE PARENT INCAPABLE EXERCE L'AUTORITÉ PARENTALE

Chapitre 1 : Le partage de l'exercice des prérogatives parentales

Chapitre 2 : L'aide et l'assistance dans l'exercice des prérogatives parentales

TITRE 2 : LA PROTECTION DE L'ENFANT DE L'INCAPABLE PAR LA PRIVATION DES PRÉROGATIVES PARENTALES

Chapitre 1 : La perte par le parent incapable de l'exercice des prérogatives parentales

Chapitre 2 : Le retrait de l'autorité parentale au parent incapable

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

1. « L'honneur du droit »… : ainsi le Professeur Philippe Malaurie désigne-t-il le droit des incapacités[1]. De la personne handicapée au prodigue, du nourrisson à l'adolescent, le droit protège les plus faibles. Si le principe est simple, son application, en revanche, est complexe : comment assurer cette protection dans le respect de la personne ? Comment concilier le régime de protection et les droits des tiers[2] ? Quelle réponse apporter au besoin de protection de deux personnes fragilisées dont les intérêts s'entrecroisent ? Autant de difficultés soulevées par la situation du parent incapable. Les enjeux sont fondamentaux : confrontées à l'incapacité, des questions nécessairement liées à l'idée de paternité ou de maternité, telles que la sexualité, la contraception, la stérilisation, l'interruption de grossesse, la filiation, l'autorité parentale, ne trouvent pas de réponse cohérente en droit positif.

2. Quant au projet de réforme des incapacités[3], actuellement à l'étude, il n'envisage pas ce problème. Il est vrai qu'il consacre le principe de protection de la personne de l'incapable[4] et clarifie le dispositif en limitant les renvois d'un régime à l'autre. Ainsi met-il fin aux incertitudes actuelles. *De lege lata*, l'article 450 du Code civil énonce expressément que « le

[1] Ph. Malaurie, *Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 497.
[2] Voir sur ce point S. Zeidenberg, « Le droit de la famille face à la contrariété d'intérêts », *RRJ* 2003, p. 631.
[3] Voir notamment Th. Fossier, « Mémoire pour servir à l'histoire d'une loi future (Jurisprudence récente et autres sources d'inspiration de la réforme du droit des incapacités », *Dr. famille* juin 2002, chron. n° 12, p. 4, et juill-août 2002, chron. n° 15, p. 4 ; « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Defrénois* 2005, art. 38076, p. 3
[4] Le principe de la protection de la personne du mineur reste affirmé par l'article 407 futur du Code civil, qui reprend la formulation actuelle de l'article 450. Ce principe est également expressément retenu pour les majeurs protégés par l'article 416 futur du Code civil, qui énonce que « les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire (…). Cette protection a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle doit être appliquée dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine. Elle doit favoriser autant que possible l'autonomie de la personne protégée ». De même, l'article 437 futur énonce que « les mesures de curatelle et de tutelle ont pour objet la protection de la personne et celle de son patrimoine. La mesure de protection peut ne concerner que la protection de la personne ou ne porter que sur la gestion du patrimoine ». Une sous-section entière du Code civil est même consacrée aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne. La volonté de l'incapable y est essentielle. L'article 453 futur pose ainsi le principe que « l'assistance ou la représentation de la personne protégée ne s'exerce pas pour l'accomplissement des actes pour lesquels le consentement strictement personnel de l'intéressé est requis »[4] et l'article 454 futur que « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne, dans la mesure où son état le permet (…). Toutefois, lorsque l'intéressée est dans l'incapacité de prendre une décision personnelle éclairée, le curateur l'assiste et le tuteur l'assiste ou la représente. Même lorsqu'elle est représentée pour prendre une décision concernant sa personne, la personne en tutelle y est associée dans la mesure ou son état le permet ».

tuteur prendra soin de la personne du mineur » et l'article 371-1 affirme que l'autorité parentale « appartient aux père et mère 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 »[5]. La protection de la personne des incapables majeurs prête plus à discussion[6] : l'article 495 du Code civil, qui opère un renvoi aux règles de la tutelle des mineurs, est insuffisant pour établir une protection véritable[7] et égale dans tous les régimes de protection. Comme le résume le Professeur Thierry Fossier, « la protection de la personne n'est pas absente des missions des tuteurs et curateurs mais elle est soigneusement laissée dans le vague »[8]. Confrontée à cette carence de la loi[9], la jurisprudence a dû se prononcer. Le 18 avril 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi énoncé que « les régimes civils d'incapacité ont pour objet d'une manière générale de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable »[10]. Après avoir étendu ce principe au gérant de tutelle, sous la condition qu'il ait l'autorisation du juge des tutelles[11], la jurisprudence a précisé ce qu'elle entend par « protection générale de la personne du majeur protégé ». La Cour d'appel de Paris, le 15 mars 1996[12], retient en particulier que

---

[5] Voir en la matière J.P. Gridel, « L'acte éminemment personnel du mineur », Gaz. Pal. du 22 mars 2003, Doctrine p. 765.

[6] Voir notamment Th. Fossier, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP* G 1985, I, 3195 ; Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs, l'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. soc.* 1991, p. 1 ; F. Fresnel, « La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé », *Gaz. Pal.* Du 26 août 1999, Doctrine p. 1239 ; J.-P. Gridel, « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », Rapp. Cass. 2000, p. 79 ; C. Geffroy, « « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP* G 1993, I, 3724 ; J. Hauser, « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », Mélanges Raynaud, Dalloz, 1985, p. 227 ; M.-E. Oppelt-Reveneau, « La protection de la personne de l'incapable majeur », *Petites affiches* n° 220 du 4 novembre 1999, p. 4 ; J.-M. Plazy, thèse préc. ; E. Paillet, « La dignité de la personne majeure protégée », Mélanges Christian Bolze, Economica, 1999, p. 283.

[7] en ce sens, M.-E. Oppelt-Reveneau, « La protection de la personne de l'incapable majeur », *Petites affiches* n° 220 du 4 novembre 1999, p. 4.

[8] Th. Fossier, « La famille, gestionnaire naturelle du patrimoine de l'incapable majeur », *D&P* 2000, n° 80, p. 62.

[9] C. Geffroy, « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP* G 1993, I, 3724, n° 2.

[10] Cass. 1re civ., 18 avril 1989 : *JCP* G 1990, II, 21467, note Th. Fossier ; *D.* 1989, jurisp. p. 493, note JM ; *Defrénois* 1989, art. 34574, n° 90, p. 1007, obs. J. Massip ; Voir également Cass. 1re civ., 11 juin 1991 : *JCP* G 1992, II, 21879, note Th. Fossier. *Contra* auparavant : TI Melun, 18 décembre 1979 : *D.* 1980, jurisp. p. 623, note J. Hauser ; *Defrénois* 1981, art. 32599, n° 10, p. 381, obs. J. Massip, qui énonce que la tutelle des majeurs se limite aux intérêts civils de la personne protégée.

[11] Cass. 1re civ., 24 février 1993 : *Bull. civ.* I, n° 87 ; *Defrénois* 1993, art. 35611, n° 88, obs. J. Massip ; *JCP* G 1994, II, 22319, note Th. Fossier ; *RTD civ.* 1993, n° 3, p. 326, obs. J. Hauser ; *D.* 1993, jurisp. p. 614, note Th. Verheyde ; *RD sanit. soc.* 1993, n° 1, p. 537, obs. F. Kessler ; TI St. Girons, 23 février 1995 : *D.* 1996, jurisp. p. 299 et *Defrénois* 1996, art. 36354, n° 52, p. 739, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1995, n° 10, p. 602, obs. J. Hauser ; J. Massip., *Les incapacités, Etude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n° 675 ; Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs, l'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. soc.* 1991, p. 1 ; Th. Fossier, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP* G 1985, I, 3195.

[12] CA Paris, 1re ch. civ., 15 mars 1996 : *JCP* G 1996, II, 22733, note Th. Fossier ; *RD sanit. soc.* 1997, n° 8, p. 638, obs. F. Monéger. Il s'agissait ici de décider de la sortie de l'incapable d'un centre gériatrique.

« s'il incombe effectivement à l'administrateur légal dont le rôle n'est pas cantonné à la gestion du patrimoine, de prendre soin de la personne de son protégé, il est constant qu'il n'intervient à cet égard que sous la direction du juge des tutelles à qui reviennent les décisions importantes affectant la personne du majeur qui sont de la compétence du conseil de famille dans la tutelle complète ». Cette décision révèle qu'il appartient au juge de déterminer les conditions générales de vie de l'incapable et à l'administrateur (et par extension au tuteur) d'assumer les soins quotidiens[13]. Il convient dans tous les cas de respecter « la volonté propre »[14] de l'incapable lorsqu'il est « capable d'évoluer et de faire des progrès intellectuels »[15].

3. Toutefois, la règle énoncée demeure générale et le projet ne traite pas des situations particulières que sont la paternité ou la maternité. Il s'inscrit par là dans un mouvement de réforme partagé par nombre de législations étrangères, qui prône le respect de la personne de l'incapable mais n'en donne pas de définition précise. En France comme à l'étranger, la situation du parent incapable ne semble guère envisagée dans sa spécificité. Le Sénat a récemment publié un rapport de législation comparée dans le domaine de la protection des majeurs[16], portant sur plusieurs pays européens[17] dans lesquels des réformes récentes ont été adoptées ou sont actuellement en discussion. Tous les nouveaux textes s'efforcent de mieux prendre en compte les besoins individuels des personnes à protéger, grâce à des mesures personnalisées et prononcées pour une durée limitée. Ils permettent également d'anticiper l'organisation de leur propre protection. L'Allemagne par exemple, précurseur du mouvement, a mis en place un système unique, l'assistance, par une loi du 12 septembre 1990 entrée en vigueur le 1er janvier 1992 et complétée par une loi du 21 avril 2005. Cette mesure d'assistance n'a pas d'effet automatique sur la capacité de la personne assistée, à moins que le tribunal n'adopte une décision de « réserve de consentement » qui soumet la validité des déclarations de volonté de l'assisté au consentement de l'assistant lorsque l'intéressé risque de mettre en danger sa personne ou son patrimoine. L'assistant doit agir conformément aux souhaits de l'assisté, sauf si les intérêts de ce dernier s'y opposent, et le tribunal limite sa mission aux actes pour lesquels la personne à protéger a besoin d'une assistance. Dans le

[13] En ce sens, Th. Fossier, note préc. sous CA Paris, 15 mars 1996, préc.
[14] Cass. 1re civ., 25 mars 1997 : *JCP* G 1997, II, 22882, note Th. Fossier ; *D.* 1998, jurisp. p. 333, note J. Massip ; *RTD civ.* 1997, n° 5, p. 634, obs. J. Hauser.
[15] M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd., 1999, p. 307.
[16] Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, « La protection juridique des majeurs », juin 2005.
[17] L'Allemagne, l'Angleterre et le pays de Galles, le Danemark, l'Espagne, l'Italie et la Suisse.

même sens, au Danemark, la loi n° 388 du 14 juin 1995 sur la tutelle, entrée en vigueur le 1er janvier 1997, a mis en place une seule protection, la tutelle, dont l'importance et l'étendue dépendent de l'état de la personne à protéger. L'ensemble des réformes engagées, qui poursuivent le même objectif, montrent que les législations actuelles se penchent opportunément sur les moyens de mieux assurer la protection de l'incapable. Il est cependant regrettable que les difficultés propres au parent incapable ne soient jamais évoquées.

4. Cette absence de solution est d'autant plus problématique que le nombre de personnes incapables est élevé, alors même que l'évolution du droit des incapacités a eu pour effet de limiter les catégories d'incapables. A l'époque romaine, lorsque Gaius établit la première liste des personnes protégées à mettre sous tutelle, il visait les femmes, les fous, les prodigues et les mineurs. Tous avaient le statut de personne, à l'inverse des étrangers ou des esclaves, qui d'ailleurs ne pouvaient pas fonder de famille[18] dans la mesure où ils étaient objets et non sujets de droit. Les femmes étaient en principe d'office sous la tutelle de leur mari ou, à défaut de mariage, de leur frère[19]. L'incapacité des mineurs était fonction de leur âge : l'*infans*, impubère de moins de 7 ans, avait une totale incapacité d'agir ; l'*infantiae proximus,* c'est-à-dire doué de parole mais n'ayant pas pleinement conscience de ce qu'il dit, avait une capacité restreinte à certains actes juridiques mais ne pouvait pas s'obliger par ses délits ; le *pubertatis proximus*, proche de la puberté, s'obligeait par ses délits et pouvait faire les actes qui rendaient meilleure sa condition ; enfin, le mineur de 25 ans était soumis au régime de la curatelle. La loi des XII Tables envisageait également les fous, c'est-à-dire les malades atteints de troubles mentaux graves et certains, susceptibles de représenter un danger pour leur entourage, ainsi que les prodigues, qui dissipent leurs biens. Les Romains distinguèrent ensuite deux sortes de fous : le *furiosus*, qui souffrait de folies intermittentes, entrecoupées d'intervalles lucides, et le *mente captus*, atteint de démence constante[20]. Le Code Napoléon renforça l'idée de protection du mineur en distinguant l'administration légale, lorsque les deux parents sont vivants, et la tutelle. Pour les majeurs, deux régimes de protection furent mis en place, pour assurer la conservation des biens dans la famille en empêchant le majeur incapable de les dilapider. L'interdiction judiciaire[21] concernait les cas

[18] Son union, qualifiée de *Contubernium* (« l'intimité ») est un simple fait et le maître peut vendre les enfants qui en sont issus.
[19] A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, n° 359 et s.
[20] Ph. Malaurie, *Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 687.
[21] L'article 489 du Code civil prévoyait que « doit être inscrit [sous le régime de l'interdiction judiciaire] le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence, de fureur ».

les plus graves d'imbécillité, de démence et de fureur[22]. La nomination d'un conseil judiciaire[23] répondait à la situation des prodigues et des faibles d'esprit. L'importance de la distinction entre l'interdiction et le conseil judiciaire tenait à ce que la première donnait lieu à un régime de représentation alors que la seconde se limitait à instaurer une assistance du majeur incapable. En abandonnant cette classification pour lui substituer la tutelle et la curatelle, la loi du 3 janvier 1968 a repris ces deux systèmes de protection et consacré l'existence d'une protection générale en adoptant l'article 489 du Code civil. L'idée de protection des mineurs a également été affirmée par la loi du 14 décembre 1964, qui élargit le domaine de l'administration légale tout en assouplissant son organisation, puis par les lois du 4 juin 1970 et du 4 mars 2002 relatives à l'autorité parentale. Entre temps, les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont mis fin à l'incapacité de la femme mariée[24], et la loi du 5 juillet 1974 a abaissé l'âge de la majorité de 21 à 18 ans. Aussi, la population des incapables n'est-elle plus majoritaire en France aujourd'hui. Il n'en reste pas moins que près de 700 000 personnes majeures sont placées sous un régime de protection et que les mineurs représentent près de 13 millions de personnes.

5. De surcroît, la situation du parent incapable n'est pas marginale. Une étude récente montre que près de la moitié des majeurs incapables ont des enfants[25]. Il est vrai que ce chiffre doit être nuancé dans la mesure où il ne distingue pas selon l'âge des enfants, ce qui ne permet pas de prendre en compte l'hypothèse particulière de la rencontre du régime de protection de l'enfant et de celui de ses parents, c'est-à-dire de l'hypothèse de l'enfant mineur non émancipé d'un incapable majeur[26]. Quant au parent mineur, une étude de l'INED[27] effectuée en 1997 révèle que sur 13 000 grossesses concernant des mineures[28], 9 000 donnent

---

[22] Pour C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* T. VIII, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, T. 2, Durand-Hachette, 2e éd., 1861, n° 419, p. 312, l'imbécillité, c'est « la faiblesse d'un esprit, qui n'a pas la force de concevoir ; c'est l'absence d'idées, l'idiotisme ». La démence, c'est « le désordre des idées (…), le dérangement des organes, dont les fonctions sont altérées ». La fureur, c'est « la démence exaltée, exaspérée, qui se porte à des excès dangereux ».

[23] L'article 499 du Code civil disposait que « le majeur (…) dont la prodigalité compromet l'exécution de ses devoirs civils (…) sera sous la protection et le contrôle d'un conseil judiciaire ». L'article 513 précisait que « la même mesure devra s'appliquer aux faibles d'esprit ».

[24] L'article 1124 du Code civil avant la réforme de 1938, qualifiait d'incapable les aliénés, les mineurs et les femmes mariées.

[25] Observatoire national des populations « Majeurs protégés », Rapport 2004 de l'union nationale des associations familiales. Sur un échantillon de 1120 majeurs protégés, 44 % ont un ou des enfants dont le lien de filiation direct est reconnu.

[26] Il est cependant possible de noter que sur l'échantillon de l'étude précitée, une minorité de parents majeurs protégés ont moins de 40 ans (17 %), ce qui limite les hypothèses d'enfant mineur. De même, seul 10 % de l'échantillon ont un ou des enfants à charge.

[27] Institut national des études démographiques.

[28] Soit environ 5 % des grossesses annuelles en France.

lieu à une interruption volontaire et 4 000 sont poursuivies jusqu'à la naissance : le taux de mineures devenues mères est de 12 pour 1000. Si ce nombre a baissé dans les pays de l'OCDE[29] ces dernières années, il reste donc conséquent[30]. Aucune statistique n'a en revanche été publiée sur la paternité des mineurs.

6. Ces chiffres révèlent l'importance de la situation du parent incapable ; ils ne prennent cependant tout leur sens que si l'on a précisé ce qu'il faut entendre par « parent incapable », c'est-à-dire si les termes de « parent » et d' « incapable » ont été définis.

1. Le parent

7. « Toute personne trouve dans sa filiation son origine, et souvent son avenir : nous sommes le fils ou la fille d'un père et d'une mère et, souvent, nous sommes le père ou la mère d'un enfant » [31]. Mais le rattachement de l'enfant à ses père et mère n'est pas seulement le fruit de données biologiques : la qualité de parent doit être consacrée par le droit. Il est en effet nécessaire de définir les critères d'attribution de cette qualité pour résoudre les éventuels conflits entre les parents par le sang, les parents sociologiques ou les parents adoptifs. Encore faut-il, pour déterminer les situations à envisager lorsque le « parent » est incapable, préciser le sens du mot « parenté ».

8. En droit, la parenté dérive de la filiation[32]. Elle est « la condition de deux personnes qui descendent l'une de l'autre ou d'un auteur commun »[33] et se définit par la ligne et le degré. La notion de parenté peut ainsi désigner aussi bien la qualité de père et de mère que celle de collatéral[34]. Il ne sera cependant ici question que de la relation entre les père et mère et l'enfant. En effet, l'incapacité d'un frère ou d'une sœur ne soulève pas de difficultés particulières : aucune incapacité ne rentre en conflit puisque les frères et sœurs ne sont pas

[29] Organisation de coopération et de développement économiques.
[30] Voir sur ces chiffres H. Kafé et N. Brouard, « Comment ont évolué les grossesses chez les adolescents depuis 20 ans », Population et sociétés, INED, octobre 2000, n° 361.
[31] Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 2004, n° 800, p. 315.
[32] Voir en ce sens notamment Ph. Jestaz, « La parenté », Conférence Wainwright du 12 octobre 1995, Revue de droit de McGill 1996, vol. 41, p. 387, spéc. p. 390.
[33] Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 2004, n° 33, p. 26.
[34] « Mais surtout, dans l'imaginaire singulier ou collectif, le terme de « parenté » est porteur de multiples sens : parenté de sang, parenté de cœur, parenté spirituelle, parenté sociale ou légale… Aucune de ces parentés n'exclut les autres. Bien au contraire, c'est de leur gerbe nouée que naît la parenté plénière », M.-Th. Meulders-Klein, in « La famille et les familles : quelle identité aujourd'hui ? Actes des journées organisées pour l'institut d'Etude de la famille et de la sexualité », Louvain-la-Neuve, 25 et 26 mars 1995, Acadamia Bruylant.

titulaires de l'autorité parentale ; or l'intérêt de la situation du parent incapable réside précisément dans l'interaction de deux régimes de protection. La notion de « parent » doit donc ici être entendue au sens restrictif : elle désigne les père et mère de l'enfant.

9. La paternité et la maternité relèvent de la ligne directe, c'est-à-dire de la ligne des personnes qui descendent les unes des autres, au premier degré. Lorsqu'on se réfère au couple pour envisager son rapport avec l'enfant, il est aujourd'hui habituel de parler de parentalité[35]. Une distinction doit cependant être opérée entre la maternité et la paternité. Si la maternité[36] peut aujourd'hui être un lien sociologique, elle repose le plus souvent sur une vérité biologique qui se constate facilement par la réalité de l'accouchement : l'adage est connu, *mater semper certa est*[37]. A l'inverse, la paternité laisse une place importante à la volonté. Déjà, à Rome, le *pater familias* devait « soulever » l'enfant qu'on lui présentait pour le faire définitivement entrer dans la famille ; s'il ne le faisait pas, l'enfant était rejeté[38]. Pour mettre fin aux nombreux abandons, Trajan, au II^e^ siècle, décida d'imposer la paternité au mari s'il ne la contestait pas dans les conditions légales, selon la présomption *pater is est quem nuptia demonstrant*[39]. Aujourd'hui, en dehors du mariage, il n'y a de paternité que par expression de la volonté du père ou par les modes judiciaires d'établissement de la filiation. Cependant, la volonté ne suffit pas toujours à rendre efficace le lien de parenté. La preuve de la charge de l'enfant est parfois nécessaire pour que les père et mère puissent prétendre à la prise en compte par la société de leur qualité, notamment pour l'octroi de prestations.

10. La parenté est un lien permanent. La qualité de père et mère survit au décès. Elle survit également à la majorité de l'enfant. Indépendamment des modifications qui peuvent être apportées par le droit, la qualité de parent est reconnue pour la vie de l'individu. Toutefois, dans la mesure où la problématique du parent incapable trouve son intérêt principal dans la rencontre de deux incapacités, celle de l'enfant et celle de ses père et mère, la situation dans laquelle l'enfant de l'incapable est majeur ne sera pas envisagée dans les développements qui suivent. Son étude relève de propos plus généraux sur le rôle de la famille dans la protection de l'incapable : l'enfant prend souvent en charge cette mission lorsque l'un de ses parents est placé sous un régime de protection suite à l'altération de ses

[35] En ce sens, J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 450, p. 945.
[36] Voir pour une étude récente au regard de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 (JO du 6 juillet 2005, p. 11159), C. Neirinck, « La maternité », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 2, p. 9.
[37] « On sait toujours qui est la mère », Digeste II, 4.4.5.
[38] *Cf.* A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n° 169.
[39] « Le père est le mari de la mère », Digeste, 2.4.5.

facultés, par l'affaiblissement dû à l'âge. Certes, l'hypothèse dans laquelle l'enfant majeur de l'incapable est lui-même placé sous un régime de protection répond à la problématique posée, puisqu'elle met en relation deux incapacités. La situation est cependant différente : la décision de confier la protection d'un majeur incapable à ses père et mère se justifie par le rôle primordial reconnu à la famille dans cette protection ; les ascendants ne sont qu'une catégorie de personnes parmi d'autres à qui peuvent être confiée la mesure. La problématique du « parent incapable » est plus restrictive : elle a pour objet d'analyser si la protection de l'enfant mise à la charge de son parent incapable au motif de sa qualité de parent peut être assumée par lui, dans le respect des prérogatives attachées à cette qualité. De plus, à l'inverse d'une mesure ayant pour effet de retirer aux parents leurs prérogatives parentales, une décision refusant de leur confier la mesure de protection de leur enfant majeur ne porte atteinte à aucun de leur droit[40].

11. Cette idée d'atteinte aux prérogatives parentales renvoie à un aspect essentiel de la problématique du parent incapable. Les difficultés soulevées par une telle situation ne se limitent pas aux moyens d'assurer la protection de l'enfant ; elles tiennent aussi aux effets de l'incapacité sur l'accès à la qualité de parent, sur la reconnaissance de cette qualité par la société, c'est-à-dire l'établissement du lien de filiation, et sur les conséquences de cette qualité pour le parent incapable. Il s'agit de savoir si l'incapable, lorsqu'il peut naturellement être parent, peut également l'être en droit et exercer les prérogatives en conséquence, indépendamment de son incapacité.

12. Cette question s'inscrit dans la problématique plus générale du respect des droits fondamentaux de l'incapable, consacré par le projet de réforme des incapacités[41]. Un droit peut en effet être défini comme fondamental au motif qu'il est inhérent à « l'homme en tant qu'il est homme »[42]. L'absence de rédaction d'une liste en droit français n'obère par le

[40] Voir notamment pour un refus de confier la mesure au père comme à la mère : Cass. 1re civ., 17 mars 1992 : *Bull. civ.* I, n° 88 ; *D.* 1993, jurisp. p. 17, note J. Massip ; *JCP* G 1993, II, 22077, note H. Fulchiron : « Si l'esprit général de la loi implique que préférence soit donnée, chaque fois qu'il est possible, à la tutelle familiale, il appartient au juge des tutelles et sur recours au tribunal de grande instance de déterminer souverainement quel est, eu égard notamment à l'intérêt de l'incapable, le mode d'exercice de la tutelle qui est le plus approprié ».

[41] L'article 416 futur du Code civil énonce à propos des majeurs protégés que « Cette protection a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle doit être appliquée dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine ».

[42] R. Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Economica, 1982, p. 236.

principe : les droits fondamentaux sont reconnus à toute personne humaine[43]. Fût-elle incapable, toute personne doit bénéficier de ces droits et libertés, nécessaires à son épanouissement individuel[44], à sa dignité[45]. Sans en établir de définition, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice par le Conseil de l'Union européenne le 7 décembre 2000, a effectué un recensement des droits fondamentaux[46]. La Charte ne se limite pas à reprendre les droits déjà consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme ; elle en ajoute d'autres, tenant ainsi compte de l'évolution de la société. Sont ainsi repris ou consacrés des droits et libertés en rapport avec l'accès à la qualité de parent, avec la reconnaissance de cette qualité ou avec l'exercice des prérogatives qui y sont attachées[47] : le respect de la dignité humaine, dont découle le droit à la vie (article 2) et le droit à l'intégrité physique ou mentale (article 3), le respect de la vie familiale (article 7), le droit de se marier et de fonder une famille (article 9).

13. Ainsi, les droits fondamentaux en lien avec la qualité de parent doivent être respectés nonobstant l'état d'incapacité. Le statut de « personne » doit primer sur celui d'incapable, d'une part pour l'accès à la qualité de parent, c'est-à-dire pour la procréation, la grossesse ou l'établissement du lien de filiation, et d'autre part pour les effets de cette parenté établie, c'est-à-dire pour l'exercice des prérogatives parentales.

14. La définition de la parenté ne suffit cependant pas à déterminer ce que recouvre la notion de « parent incapable » ; elle doit être complétée par celle de « l'incapable ».

2. L'incapable

15. Il est nécessaire de connaître le sens du mot « incapacité » pour savoir qui peut être qualifié de « parent incapable ». La difficulté réside dans le fait qu'il n'existe pas une

[43] Sur la notion de droit fondamental, voir notamment M.-L. Pavia, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *Petites affiches* du 6 mai 1994, n° 54, p. 6 ; V. Champeil-Desplats, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323 ; F. Terré, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (ss. dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, p. 3.

[44] M.-L. Pavia, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *Petites affiches* du 6 mai 1994, n° 54, p. 6.

[45] E. Paillet, « La dignité de la personne majeure protégée », Mélanges Christian Bolze, Economica, 1999, p. 283.

[46] Voir notamment F. Benoît-Rohmer, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », D. 2001, doctrine p. 1483.

[47] Voir F. Boulanger, « La vie familiale », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (ss. dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, p. 201.

seule incapacité mais plusieurs, distinctes dans leur régime[48]. Les incapacités partagent cependant des traits communs permettant leur caractérisation, à savoir un même type de cause, de but, et de fondement.

16. A l'origine de toute incapacité se trouve une qualité inhérente à la personne. Ainsi, selon le Professeur Christian Atias, « il ne faut pas regrouper sous le terme d'incapacités toutes les entraves imposées, de manière générale, à la liberté d'agir des personnes »[49]. L'exigence d'une telle cause permet de distinguer les incapacités juridiques et « d'autres restrictions qui touchent l'acquisition ou l'exercice des droits subjectifs, telles les interdictions[50], l'absence de pouvoir[51], les incompatibilités »[52]. L'individu doit subir l'altération dont découle l'incapacité : il ne peut par lui-même modifier ses qualités personnelles afin de perdre ou de retrouver sa capacité. Or, si cette idée permet de retenir la qualification d'incapacité pour l'aliéné, qui ne peut à l'évidence décider seul de retrouver toutes ses facultés, ou pour le mineur qui ne peut pas vieillir plus vite[53], elle conduit à l'exclure pour la situation du présumé absent[54]. En effet, ce dernier doit son état non pas à des qualités inhérentes à sa personne mais à des circonstances qui lui sont extérieures et sur lesquelles il peut jouer tant qu'il est présumé vivant, tout simplement en se manifestant[55]. De

[48] A l'instar de certains auteurs, il est ainsi préférable de parler « des incapacités » plutôt que de « l'incapacité » : voir notamment la nouvelle édition de l'ouvrage du conseiller Jacques Massip, *Les incapacités*, Defrénois, 2002 ; et l'article de R. Houin, « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 383.

[49] C. Atias, *Les personnes, Les incapacités*, PUF, 1985, n° 82, p. 126.

[50] Par exemple, l'interdiction faite au tuteur par l'article 907 du Code civil de recevoir de son pupille n'est pas une incapacité car elle ne repose que sur sa qualité et ses rapports avec son pupille.

[51] Sur la distinction entre l'incapacité et l'absence de pouvoir, voir également G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3e éd., 1976, n° 504.

[52] L. Topor, *Rép. civ. Dalloz*, V° Etat et capacité des personnes, janv. 1990, n° 300.

[53] Aux termes de l'article 479 du Code civil, le mineur peut cependant solliciter du juge des tutelles la réunion du conseil de famille pour délibérer sur le sujet de son émancipation.

[54] En ce sens, au motif du caractère exceptionnel des incapacités : J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, vol. 1, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004, n° 218 p. 418. Voir cependant Ch. Atias, *op cit*., n° 86, p. 140, qui considère qu'il « est permis de parler d'incapacité du présumé absent [au motif] que, de fait, son autonomie de gestion est restreinte et parce qu'un régime d'ensemble est mis en place par la loi pour pourvoir à ses intérêts ».

[55] Aux termes de l'article 113 du Code civil, il apparaît pourtant que l'administration du patrimoine du présumé absent s'effectue selon les modalités de l'administration légale sous contrôle judiciaire telle qu'elle est prévue pour les mineurs. De plus, l'article 1676 du Code civil, relatif à la lésion des 7/12e en matière de vente d'immeubles, après avoir énoncé que le délai accordé pour effectuer l'action en rescision est de 2 ans, précise qu'il court « contre les femmes mariées et les absents, les majeurs en tutelle et les mineurs… ». Il s'agit là d'une volonté du législateur d'écarter la suspension de la prescription dont bénéficient les majeurs en tutelle et les mineurs au terme de l'article 2252 du Code civil. La référence à la femme mariée peut alors se comprendre comme un oubli du codificateur, après l'octroi de sa capacité. Quant à la notion d'absence, elle peut permettre de penser que le législateur, au moins dans le régime antérieur à la réforme du 28 décembre 1977, associait absent et incapable. Pourtant, la jurisprudence a expressément refusé le bénéfice de l'article 2252 du Code civil à l'absent (Req. 19 juillet 1869 : *S*. 1869, 1, 407).

même, il a été mis fin à l'incapacité des femmes mariées[56] et le droit n'admet plus l'interdiction légale[57], l'esclavage[58] ou la mort civile[59]. Ainsi, le législateur n'envisage aujourd'hui que deux causes d'incapacité : l'altération des facultés et le jeune âge.

17. L'altération des facultés est nécessaire pour la mise en œuvre des régimes de protection continue que sont la tutelle[60], la curatelle[61] et la sauvegarde de justice, ainsi que pour la protection occasionnelle de l'article 489 du Code civil. L'altération peut atteindre les facultés mentales ou corporelles de l'individu, mais, dans le second cas, elle doit affecter sa volonté[62]. Nulle part, la loi ne prend en compte la seule altération physique pour priver l'individu de la jouissance ou de l'exercice d'un droit. Il faut y voir la marque de la prééminence de la volonté dans l'exercice de la capacité et, par suite, dans sa perte[63]. Il n'est cependant pas nécessaire que l'intéressé perde sa lucidité pour perdre sa capacité : il suffit qu'il ne puisse plus exprimer sa volonté. Dans le cadre des régimes de protection continue, l'altération des facultés doit[64] avoir pour origine une maladie, une infirmité[65] ou un

[56] Lois du 18 février 1938 et 22 septembre 1942.

[57] La jurisprudence considère que l'interdiction légale cesse également de s'appliquer aux condamnés en cours de peine : Cass. crim. 28 juin 2000 : *Bull. crim*., n° 253 p. 748 ; *D*. 2001, jurisp. p. 1351, note J. Massip ; *Defrénois* 2001, art. 37287, n° 6 p. 99, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2001, n° 5, p. 109, obs. J. Hauser. Cass. 1re civ, 16 juillet 1997 : *D*. 1998, jurisp. p. 565, note J. Massip ; *Defrénois* 1998, art. 36753, n° 13, p. 324, obs. J. Massip ; et Cass. 1re civ., 3 avril 2001 : *Bull. civ.* I, n° 96 ; *Defrénois* 2001, art. 37394, n° 66, p. 1015, note J. Massip. Voir également Rép. min. n° 25721 : JOAN, 17 juillet 1995, p. 3128 et l'étude sur ce point de *D.* Boulanger, *JCP* G 1995, pratique p. 1376 ; et J. Massip : « Y-a-t-il encore des interdits légaux ? », *Defrénois* 1996, article 36275, p. 379.

[58] Suite au décret Schoelcher du 27 avril 1848.

[59] Suite à la loi du 31 mai 1854.

[60]Cass. 1re civ., 12 mai 1981 : *Bull. civ*. I, n° 160 ; Cass. 1re civ., 31 janvier 1995 : *D*. 1996, jurisp. p. 123, note Th. Verheyde.

[61] Cass. 1re civ., 24 octobre 1995 : *Bull. civ.* I, n° 371 ; Cass. 1re civ., 16 juillet 1998 : *Bull. civ*. I, n° 253 ; *D*. 1998, IR, 208 ; *Defrénois* 1999, art. 36998, n° 35, p. 687, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998, n° 4, p. 882, obs. J. Hauser ; Cass. 1re civ., 12 juin 2001 : *Defrénois* 2001, art. 37430, n° 92, p. 1362, obs. J. Massip.

[62] Article 490 al. 2 du Code civil. Voir Cass. 1re civ., 9 mars 1994 : *Bull. civ.* I, n° 93 ; *RTD civ.* 1994, 323, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 1994, art. 35891, n° 107, p. 1103, obs. J. Massip ; Cass. 1re civ., 15 juillet 1999 : *Dr. famille* nov. 1999, comm. n° 130, obs. Th. Fossier ; *Defrénois* 2000, art. 37096, n° 6, p. 113, obs. J. Massip.

[63] A titre d'exemple, il est souvent donné le cas de la personne souffrant de cécité, qui sans altération de ses facultés mentales est en mesure d'exprimer sa volonté et donc ne peut pas faire l'objet d'un régime de protection continue.

[64] Sur la nécessaire constatation par les juges du fond de l'existence d'une de ses trois causes de l'altération : cf. Cass. 1re civ., 2 octobre 2001 : *Petites affiches* n° 104 du 24 mai 2002, p. 22, note S. Chaillé de Néré. En l'espèce, le jugement de placement en curatelle pour altération des facultés mentales a été annulé car les juges n'ont pas retenu l'existence d'une maladie, mais seulement l'appartenance à une secte qui place l'intéressé en situation de dépendance et susceptible de l'inciter à prendre des décisions contraires à ses intérêts. La Cour consacre ainsi ici une interprétation *a contrario* de l'article 490 du Code civil. Pour le détail de ces causes, voir V. Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2002, n° 72 s.

[65] Pour J. Massip, *Les incapacités*, *op. cit.*, n° 422, p. 354, par les termes de « maladie » et « d'infirmité », « la loi a voulu couvrir à la fois les situations fixes, définitives et susceptibles d'évolution, qu'elles soient dues à des facteurs externes, congénitaux ou accidentels ».

affaiblissement lié à l'âge[66]. La possibilité *de lege lata* d'ouvrir un régime de curatelle pour prodigalité, intempérance ou oisiveté[67] s'éloigne de cette référence à la volonté mais ne remet pas en cause le critère de caractérisation d'une incapacité : la défaillance comportementale dont il est ici question renvoie à des qualités inhérentes à la personne, même si elles n'ont pas à être médicalement établies. Dans le cadre de la protection occasionnelle, l'altération des facultés produit son effet *a posteriori*. L'insanité d'esprit à laquelle fait référence l'article 489 du Code civil paraît être une forme d'altération des facultés mentales. Elle comprend « toutes les variétés d'affections mentales par l'effet desquelles l'intelligence du disposant aurait été obnubilée ou sa faculté de discernement déréglée »[68]. Tous les malades mentaux, soumis ou non à un régime de protection, peuvent relever de cette disposition, de même que les personnes atteintes d'une perte de raison momentanée, consécutive à une maladie ou à un comportement d'intempérance.

18. Le jeune âge constitue l'autre cause possible des incapacités. Pourtant, le seuil d'âge en dessous duquel l'individu est incapable n'est pas inhérent, mais, à l'inverse, extérieur à lui. L'incapacité du mineur non émancipé, déclarée par l'article 1124 du Code civil, repose *a priori* sur un certain arbitraire législatif[69]. En effet, « il faut (…) bien un terme moyen et une loi pour tous »[70]. C'est cependant oublier la *ratio legis* de la minorité. A travers la fixation d'un seuil d'âge au-dessous duquel tout individu relève d'un même régime de protection, le législateur affirme que cet individu n'a pas les qualités personnelles suffisantes pour consentir valablement à un acte juridique. L'âge, cause de cette incapacité, est « aussi bien l'indice du développement mental que du développement physique de l'individu. Il sera donc un des plus fermes critères de discernement (l'âge de raison), témoin fidèle de l'esprit mais aussi un signe de force. Présomption tirée du *plerumque fit*, la capacité civile n'est que le reflet d'une capacité naturelle moyenne »[71]. En d'autres termes, l'incapacité qui, en droit français, pèse sur le mineur de 18 ans peut paraître arbitraire dans la mesure où elle traite de la même façon l'*infans* et le grand adolescent. Cependant, à ce seuil correspond, pour le plus grand nombre des enfants concernés, un défaut de volonté, une carence dans les qualités inhérentes à la personne et nécessaires à l'expression de son consentement. La fiction d'un

[66] Voir sur ce point J.-P. Gridel, « La sénescence et le droit », *Gaz. Pal.* du 21-22 mars 2001, doctrine p. 409.
[67] Article 488 al. 3 du Code civil.
[68] Cass. civ., 4 février 1941 : *DA* 1941, p. 113. Cette décision était alors rendue à propos de l'insanité d'esprit prévue à l'article 901 du Code civil, aujourd'hui généralisée par l'article 489 du Code civil.
[69] Les nombreuses modifications du seuil d'âge de la majorité dans notre histoire ne font que renforcer ce caractère discrétionnaire.
[70] G. Cornu , « L'âge civil », Mélanges P. Roubier, Dalloz ,1961, T. 2, p. 16.
[71] G. Cornu , art. préc., p. 9.

seuil répond alors au souci de protection du mineur de 18 ans : elle vise à faciliter la preuve de la cause de son incapacité. Elle permet d'affirmer, dans l'intérêt des plus jeunes, que leurs facultés sont insuffisantes. Les qualités inhérentes à la personne sont donc bien prises en compte ici, mais elles sont englobées dans une cause arbitraire afin d'en faciliter la preuve.

19. Cette appréhension de la cause de l'incapacité, restreinte aux qualités inhérentes à la personne et conduisant à rejeter la qualification d'incapacité ou, à l'inverse, à l'étendre à certaines situations, est expressément retenue en droit international privé. Aux termes de l'article 3 al. 3 du Code civil, « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Ce rattachement à la loi personnelle, c'est-à-dire à la loi nationale, révèle les caractères de la capacité et donc de l'incapacité. La justification du rattachement à la loi personnelle est doublement admise[72]. Le premier argument est conceptuel : la capacité est personnelle à l'individu et doit en conséquence relever de la loi personnelle ; le statut personnel englobe l'ensemble des questions touchant à la personne. Le second argument est pratique : le souci de protection attaché à l'idée de capacité ou d'incapacité ne peut dépendre des déplacements de l'individu, au risque de perdre de son efficacité[73]. Autrement dit, la capacité relève de la loi nationale car elle est l'expression de « l'état » de l'individu, « état » contre lequel « le passage d'une frontière ne peut rien »[74]. Lorsque l'on « *est* quelque chose, on ne peut être autre chose, le principe d'identité s'y refuse, et il ne dépend pas d'événements extérieurs de changer ce que vous êtes »[75]. Ainsi, le rattachement à la loi personnelle se justifie par le fait que l'incapacité repose sur des causes propres à la personne et qui la suivent dans ses déplacements. Dès lors, le refus de rattachement au statut personnel interdit de qualifier d'incapacité certaines situations : elles ne reposent pas sur des qualités inhérentes à la personne. Tel est le cas des vices du consentement, qui s'apprécient par rapport à l'acte et à des éléments extérieurs à l'individu. A l'inverse, le rattachement au statut personnel a permis d'étendre la qualification d'incapacité à des situations que le législateur n'avait pas envisagées comme telles. La Cour de cassation, dans l'arrêt Silvia du 25 juin 1957[76], a ainsi énoncé que « l'insanité d'esprit et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité naturelle soumis à la loi personnelle et non à la loi

[72] Voir P. Glenn, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Dalloz, 1975, n° 15 et s., p. 16 et s.
[73] L'idée est que le simple passage d'une frontière ne doit pas mettre fin à la protection tirée de l'incapacité.
[74] H. Batiffol, *La capacité civile des étrangers en France. Influence de la loi française*, Librairie du recueil Sirey, 1929, p. 37.
[75] H. Batiffol, *op. cit.*, p. 34.
[76] Cass. civ., 25 juin 1957, ép. Silvia, : *Rev. crit. DIP* 1957, p. 680, note H. Batiffol ; *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 29.

régissant les actes incriminés comme les vices du consentement ». Il s'agissait en l'espèce de déterminer la loi applicable à une donation et à un bail de biens, situés en Tunisie, effectués par une personne de nationalité italienne, et consentis sous l'empire d'une grave dépression nerveuse. La Cour énonce que l'insanité d'esprit et la démence sont des qualités inhérentes à la personne, qui la suivent dans ses déplacements et qui ne sont pas la conséquence de l'acte effectué. Le législateur français a d'ailleurs adopté cette position par la suite, avec l'article 489 du Code civil issu de la réforme du 3 janvier 1968.

20. Toutes les incapacités partagent ainsi la même cause : elles doivent reposer sur une qualité inhérente à la personne. Cependant, si la prise en compte d'une telle cause est nécessaire, elle ne suffit pas à caractériser une incapacité. Cette qualité, en ce qu'elle rend impossible le consentement à l'acte, doit donner lieu à la mise en œuvre d'une protection. C'est pourquoi l'unité du concept juridique d'incapacité repose également sur la recherche d'un même but, à savoir la protection de l'individu. L'existence d'une protection n'est cependant pas toujours révélatrice d'une incapacité. Si, aux termes du décret n° 75-96 du 18 février 1975, un mineur émancipé ou un majeur âgé de moins de 21 ans qui éprouvent de graves difficultés d'insertion sociale peuvent demander au juge des enfants la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire, cette protection est assurée sans incapacité : sa cause efficiente, les difficultés d'insertion sociale, n'est pas inhérente à l'intéressé et la protection n'a pas pour objet le consentement en particulier. Toute incapacité a ainsi pour but d'assurer la protection du consentement dont l'existence est affectée par une qualité inhérente à la personne, et donc de l'intéressé contre les tiers[77], mais aussi la protection des tiers contre l'individu ou plus exactement contre les conséquences du consentement apparemment exprimé. Les incapacités sont en effet « fondées sur la protection que méritent les incapables ou sur la défiance qu'ils inspirent »[78]. Il s'agit là de la distinction opérée entre, d'une part, les incapacités de protection et, d'autre part, les incapacités de défiance[79]. L'incapacité de défiance est caractérisée dès lors qu'il est présumé ou prouvé que

[77] Ce qui permet d'opérer la distinction avec l'absence de consentement qui répond à un souci de protection de l'intérêt général. Dans la mesure où les nullités sont fonction de l'intérêt protégé (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, 1909, Librairies nouvelles de droit et de jurisprudence), le fait qu'il manque ici un élément essentiel à la formation de l'acte juridique est sanctionné par la nullité absolue (Cass. 3e civ., 15 avril 1980 : *D.* 1981, IR, p. 314, obs. J. Ghestin ; *RTD civ.* 1981, n° 2, p. 155, obs. F. Chabas ; *Defrénois* 1981, art. 32682, n° 50, p. 853, obs. J.-L. Aubert), voire par l'inexistence (F. Chabas, in H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T. 2, vol. 1, *Les Obligations, Théorie générale*, 9e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 301, p. 303).

[78] G. Marty et P. Raynaud, *Les personnes*, T. 1, 2e partie, Sirey 1956, n° 792.

[79] Voir cependant pour un rejet de cette distinction, R. Houin, art. préc., p. 383, spéc., p. 394 et s., pour qui il faut réserver le qualificatif d'incapacités aux situations qui ont vocation à protéger l'incapable lui même, c'est-à-dire

des qualités inhérentes à la personne l'empêchent d'exprimer une volonté consciente et donc de consentir à un acte juridique. La différence avec l'incapacité de protection réside dans le fait que, dans l'incapacité de défiance, l'intéressé n'est pas le bénéficiaire de cette protection[80]. La qualification d'incapacité ne doit pas cependant être rejetée : l'essentiel réside dans l'existence de la protection et non dans son bénéficiaire. Cette différence n'est toutefois pas sans conséquence sur la sanction apportée aux actes effectués, ce qui diminue l'intérêt de la distinction opérée entre l'incapacité et d'autres modes de protection du consentement. En effet, la distinction entre les incapacités de défiance et de protection est essentielle, en ce qu'elle s'exprime dans le choix de la sanction. En principe, l'incapacité de protection est sanctionnée par une nullité relative au profit de l'incapable qui est seul à pouvoir l'invoquer, et l'incapacité de défiance par une nullité absolue, ouverte à toute personne ayant intérêt. Le régime de la nullité est donc fonction de l'intérêt protégé[81]. Or, l'incapacité de défiance n'ayant pas pour objet principal la protection de l'intéressé mais celle des tiers, il est nécessaire de permettre à ces derniers d'agir sur ce fondement. Il faut y voir l'intérêt de cette distinction[82].

21. Le souci de protéger le consentement fixe aussi indirectement les limites de l'incapacité. Si cette dernière découle de la présomption ou de la preuve du défaut de consentement du fait d'une qualité inhérente à la personne, il s'ensuit qu'elle ne concerne pas les domaines dans lesquels le consentement n'est pas nécessaire. C'est pourquoi l'incapacité ne joue que pour les actes juridiques[83]. La réalisation d'un fait juridique, qui ne nécessite aucun consentement, n'est soumise à aucune condition de capacité. L'impossibilité d'exprimer une volonté consciente peut cependant faire obstacle à certains de ces faits,

---

les incapacités de protection. Les incapacités de défiance n'ayant pas de régime juridique uniforme, elles ne sont pas constitutives d'un véritable concept juridique et donc ne peuvent être qualifiées d'incapacités. Si certaines des exclusions qu'il propose doivent être approuvées, telle celle de « l'incapacité » de recevoir qui frappe le tuteur ou le médecin, ce n'est cependant pas pour ce motif mais par la seule référence aux qualités inhérentes de l'individu : la cause commune à toute incapacité ne se vérifie pas dans cet exemple. Il ne faut donc pas nier l'existence de la catégorie des incapacités de défiance.

[80] Tel est par exemple le cas de l'incapacité tirée de l'article 442 du Code civil, interdisant l'exercice de la fonction de tuteur à certaines catégories de personnes au motif de qualités qui leur sont inhérentes. Il s'agit ici d'assurer la protection de leurs pupilles potentiels.

[81] Voir Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, 1909, Librairies nouvelles de droit et de jurisprudence.

[82] Voir par exemple F. Terré, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Coll. Précis, 9e éd., 2005, n° 98.

[83] Deux types de mesure permettent d'assurer cette protection, c'est-à-dire de priver d'effet tout acte juridique effectué sans ce consentement. Dans le cadre des régimes de protection continue, l'individu incapable est présumé être dans l'impossibilité de donner son consentement. Et dans le cadre des régimes de protection occasionnelle, il est permis de revenir sur l'acte effectué par l'individu considéré alors comme incapable, en rapportant la preuve de son impossibilité à consentir au moment de l'acte. L'impossibilité de donner son consentement, présumée ou prouvée, a pour effet de permettre l'annulation de l'acte effectué. L'incapacité permet ainsi, *a priori* ou *a posteriori*, de garantir l'expression d'un consentement conscient à l'acte.

lorsqu'ils sont dits « volontaires », c'est-à-dire lorsqu'ils passent par un comportement volontaire de l'intéressé, par exemple pour la vie en concubinage ou la réalisation d'un délit[84]. Mais cet obstacle ne doit pas être entendu comme une incapacité.

22. L'unité de la notion d'incapacité ne se limite pas à sa cause et à son but. Il apparaît également que les incapacités ont un trait commun quant à leur fondement. Conformément à l'adage « pas d'incapacité sans texte », toutes les incapacités peuvent aujourd'hui se rattacher à un fondement textuel. Une distinction s'impose cependant selon qu'il s'agit d'une incapacité présumée ou non. D'un côté, le fondement de l'incapacité non présumée, qui donne lieu à une protection occasionnelle, peut ne pas être textuel[85]. Du fait du caractère occasionnel de la protection, l'absence de fondement textuel n'est pas un obstacle à la qualification d'incapacité[86]. Mais il existe aujourd'hui en droit français un texte de portée générale, l'article 489 du Code civil : cette disposition, qui exprime la règle selon laquelle le trouble mental rend impossible l'expression d'un consentement à un acte juridique, qui en conséquence est nul, est le fondement d'une incapacité non présumée[87]. D'un autre côté, le fondement de l'incapacité présumée ne peut être que textuel. En effet, la capacité est le

---

[84] Voir J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 11e éd., 2004, n° 60.

[85] En ce sens, Cass. civ., 25 juin 1957, ép. Silvia, préc. ; Voir déjà CA Colmar, 2e ch. civ., 25 janvier 1926 : *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine* 1926, p. 263 ; Cass. req., 26 décembre 1934 : *JDI* 1936, p. 165, note J.P.

[86] Cette solution a fait l'objet d'une importante controverse. Voir en faveur de la qualification malgré l'absence de texte : Josserand : *Cours de droit civil français,* T. 1*, Théorie générale du droit et des droits. Les personnes, la famille, la propriété et autres droits réels principaux*, Sirey, 3e éd., 1938, n° 522 ; R. Saleilles, « Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile », Bulletin de la société d'études législatives, 1904, p. 277 ; CA Rennes, 1re ch., 31 octobre 1923 : *Gaz. Pal.* 1923, 2, 699 ; CA Agen, 22 octobre 1928 : *Gaz. Pal.* 1928, 2, 760 ; Et voir Cass. civ., 25 juin 1957, ép. Silvia, préc. ; CA Colmar, 2e ch. civ., 25 janvier 1926, préc. ; Cass. req., 26 décembre 1934, préc.
Voir en faveur du rattachement à l'absence de consentement : Ch. Beudant par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, T. 3 bis, *L'état et la capacité des personnes*, avec la collaboration d'A. Breton, Librairie A. Rousseau, 2e éd., 1936, n° 1783 ; Planiol et Ripert, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. 1, *Introduction générale, Les personnes*, par Ripert et Boulanger, LGDJ, 1956, n° 2815 ; Cass. soc. 24 mars 1953 : *Bull. civ.* IV, n° 199 ; Cass. civ., 9 janvier 1963 : *Bull. civ.* I, n° 19.
Voir en faveur du rattachement aux vices du consentement : Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. 6, *Obligations*, par Esmein, LGDJ, 1952, n° 172 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. 1, *Les personnes*, par Ripert, R. et J. Savatier, LGDJ, 1952, n° 724 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. 4, 6e éd. par Bartin, Edition Techniques, § 343 ; CA Paris, 28 janvier 1969 : *D.* 1969, 330. ; Bordeaux, 22 avril 1896 : *DP* 1896, 2, 455 ; *S.* 1896, 2, 232.

[87] En ce sens, voir notamment O. Simon, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental » : *RTD civ.* 1974, p. 707 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas : *Leçons de droit civil,* T. 2, vol. 1, *Les Obligations, Théorie Générale*, Montchrestien, 1998, 9e éd. par F. Chabas, n° 227, p. 229 ; et T. I, 2e volume, *Les personnes*, Montchrestien, 1997, 8e éd. par F. Laroche-Gisserot, n° 728, p. 275 ; J. Massip, *Les incapacités*, Defrénois, 2002, n° 414 ; F. Betaillole-Gonthier, « La capacité naturelle », Thèse Bordeaux IV, 1999, n° 384, p. 343. C. Geffroy, *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, Librairies techniques, 1974, p. 196, peut ainsi énoncer que « la nullité pour insanité d'esprit déborde celles des vices du consentement pour entrer dans la zone de l'incapacité virtuelle ».

principe et l'incapacité, l'exception[88]. Si le législateur n'envisage que l'incapacité, c'est parce que la capacité est présumée et n'a pas à être prouvée[89]. Cette application du principe de capacité au mineur comme au majeur joue un rôle essentiel dans la reconnaissance à tout individu d'une autonomie quant aux actes personnels, en l'absence de texte contraire. Ainsi, seul un texte de loi peut poser une présomption d'impossibilité à consentir à un acte juridique[90]. La seule volonté privée ne peut pas porter atteinte au principe de la capacité posée par l'article 1123 du Code civil. A titre d'exemple, le fait pour une personne de donner mandat à quelqu'un d'administrer ses biens ne fait pas d'elle un incapable[91]. De même, avant les lois de 1938 et de 1942, la jurisprudence n'hésitait pas à annuler, sur le fondement des articles 6 et 1123 du Code civil, les clauses de contrats de mariage qui aggravaient l'incapacité de la femme mariée au-delà de ce que permettait l'adoption d'un régime matrimonial prévu par la loi[92]. Dans la mesure où seul le législateur peut déroger à une disposition intéressant l'ordre public de direction[93], c'est à lui qu'il incombe de poser les présomptions d'incapacité dérogeant au principe. L'absence de fondement légal joue cependant seulement pour la preuve de l'existence de l'incapacité. Elle rend impossible la présomption d'une incapacité, mais non sa caractérisation pour un acte en particulier.

23. Ainsi, la qualification d'incapacité peut être retenue pour toutes les situations dans lesquelles un individu est dans l'impossibilité de consentir à un acte juridique du fait d'une qualité inhérente à sa personne. Cette définition générale ne rend cependant pas compte de la

[88] Article 8, 902, 1123 et 1594 du Code civil.

[89] H. Motulsky parle de dispense légale d'allégation de la capacité, comprise comme un élément générateur de droit subjectif, au motif de l'existence d'une réglementation légale consacrée à un phénomène qui représente l'inverse de cet élément, in *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Librairie du recueil Sirey, 1948, n° 94 p. 96.

[90] En ce sens notamment, Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, T. 13, p. 225 ; Marcadé, *Explication du Code civil*, T. 4, n° 444 p. 391 ; Locré, *Législation de la France*, T. 12, 1828, p. 10 ; Demolombe, *op. cit.*, T. 24, n° 289 p. 273 et T. 18, n° 322 ; Laurent, *Droit civil français*, T. 16, n° 19 ; Carbonnier, *op. cit.*, n° 295, p. 551. R. Houin, *op. cit.* p. 391, relève néanmoins une hypothèse dans laquelle l'incapacité peut avoir une origine contractuelle : lorsqu'elle se limite à certains biens, comme par exemple dans le cas des clauses d'inaliénabilité adjointes à une libéralité, temporaires et justifiées par un intérêt légitime.

[91] sur ce point, Ch. Atias, *Les personnes, les incapacités*, PUF, 1985, n° 82 p. 127.

[92] Cass. civ., 22 décembre 1879, *DP* 1880, 1, 112 : « il ne peut être apporté aucune modification ou restriction conventionnelle à la capacité légale de la femme mariée, en dehors des cas prévus par la loi » ; Cass. req., 13 mai 1885, *DP* 1886, 1, 204 ; Voir cependant CA Paris, 17 novembre 1875, *S.* 1876, 65 et la note critique de Ch. Lyon-Caen. L'auteur n'hésite pas à affirmer que « s'il est un principe certain en droit civil, c'est qu'une personne ne peut restreindre sa capacité par une convention ».

[93] Ce qui est le cas de l'article 1123 du Code civil. En ce sens notamment M.-T. Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public, Mélanges G. Cornu, PUF, 1994, p. 327 ; J. Ghestin : « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, sous la dir. de Ch. Perelman et R. Van der Elst, Bruxelles, Bruylant 1984, spéc. p. 81 et 82 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, LGDJ, 2e éd., 1988, n° 109 et 110.

pluralité des régimes existants. Deux grandes distinctions doivent être effectuées, essentielles à toute étude touchant au droit des incapacités.

24. La principale distinction généralement opérée consiste à opposer les incapacités d'exercice et les incapacités de jouissance[94]. L'incapacité d'exercice se définit comme l'inaptitude à exercer des droits dont on est titulaire et l'incapacité de jouissance comme l'inaptitude à acquérir des droits ou à en être titulaire. Le critère de qualification réside ainsi dans l'étendue de l'incapacité telle qu'elle est prévue par le texte qui l'instaure ou telle qu'elle est subie par l'individu. Cette dernière hypothèse ne doit pas être négligée, parce qu'il peut arriver que seule une incapacité d'exercice soit instaurée par le législateur, mais que l'intéressé soit en pratique privé de la jouissance de ses droits. En effet, lorsque la loi prive un individu de l'exercice de droits, elle confie cette prérogative à un représentant. Or si celui-ci, au regard de la nature de l'acte, ne peut agir en représentation, l'intéressé se voit en réalité privé de la titularité même de son droit, car nul ne peut l'exercer. L'incapacité d'exercice telle qu'elle est légalement prévue se transforme alors en incapacité de jouissance. Un tel risque peut en particulier se présenter pour certains actes relatifs à la paternité ou à la maternité, tels que la reconnaissance de maternité ou de paternité et l'exercice de l'autorité parentale. La distinction revêt un intérêt essentiel pour la sanction à apporter à l'acte. Aux termes des articles 1125 et 1304, la sanction des incapacités est en principe la nullité relative, marque du souci de protection : seul l'incapable – ou son représentant – peut l'invoquer. Mais cette solution ne concerne en réalité que les incapacités d'exercice. Il n'en est pas de même en principe pour les incapacités de jouissance, qui parce qu'elles privent l'individu de la titularité de ses droits, ne répondent pas à sa seule protection, mais assurent également la défense des intérêts des tiers. En ce cas, la distinction entre les incapacités de jouissance et d'exercice se confond avec la distinction opérée entre les incapacités de protection et de défiance, c'est-à-dire entre les incapacités visant à protéger l'incapable lui-même et celles visant à protéger d'autres intérêts contre l'incapable. Or ces dernières sont sanctionnées par la nullité absolue, ce qui permet à toute personne ayant intérêt de la demander. Pour ce motif, il serait possible d'attacher à l'incapacité de jouissance une nullité absolue. Mais en réalité, le caractère absolu

[94] Voir notamment sur cette distinction Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. I, n° 139 et T. III, n° 127, spéc. p. 178 et 179 ; Demogue, *Traité des obligations en général*, T. II, 1923, n° 662 ; Ch. Beudant par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, T. 8, *Les contrats et les obligations*, avec la collaboration de G. Lagarde, Librairies Rousseau, 2e éd., 1936, n° 153 et s.

de la nullité est moins lié à l'étendue de l'incapacité qu'à son but[95]. C'est au regard de la cause finale de protection donnée à l'incapacité que la nullité sera relative, et ce même s'il s'agit d'une incapacité de jouissance. L'incapacité de jouissance peut en effet répondre à un souci de protection de l'individu. Par exemple, l'interdiction qui est faite au mineur de 16 ans de disposer par donation entre vifs ou par testament[96] répond au souci de sa protection contre les tiers. Par suite, les auteurs et la jurisprudence évitent de se prononcer sur le caractère de la nullité[97]. Pourtant, celle-ci doit semble-t-il être relative, comme la nullité prévue par l'article 907 al. 2 du Code civil pour la donation ou le testament fait par le mineur à son tuteur lorsque le compte définitif n'a pas été rendu et apuré[98]. Ainsi, certaines incapacités de jouissance sont sanctionnées par une nullité relative, ce qui a pour effet de rendre inutile, sur ce point, la distinction avec les incapacités d'exercice.

25. Toutefois, la véritable *summa divisio* réside plutôt dans la distinction entre l'incapacité de droit et l'incapacité naturelle. Leur différence de régime est essentielle en matière de protection de la personne de l'incapable et notamment pour les difficultés attachées à la qualité de parent. L'incapacité de droit désigne celle qui est présumée. Autrement dit, dans ce cas, la preuve de l'impossibilité à consentir n'a pas à être rapportée pour l'acte en cause en particulier, à l'inverse de l'incapacité naturelle[99], qui doit être caractérisée au moment de l'acte. Le critère de distinction réside ainsi dans l'existence ou non d'une présomption d'incapacité, qui donne lieu selon le cas à une protection continue ou occasionnelle. Dans le cadre de l'incapacité de droit, le consentement étant présumé absent dans tous les actes ou dans un type d'actes à venir, il est nécessaire de mettre en place un régime d'assistance ou de représentation[100] pour prévenir ce défaut d'une condition de formation des conventions. Ainsi, l'incapacité de droit donne toujours lieu à un régime de protection continue. Tel est l'objet de la tutelle, de la curatelle ou de la minorité, qui reçoivent plus précisément la qualification de régime d'incapacité civile. La sauvegarde de justice ne

[95] Voir G. Durry, Travaux de l'association Henri Capitant préc., p. 619, qui pour attacher un caractère absolu à la nullité qui sanctionne les incapacités de jouissance, raisonne sur leur but de protection du co-contractant, c'est-à-dire sur son aspect de défiance.
[96] Article 903 du Code civil.
[97] En ce sens, A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, LJNA, 4e éd., 1989, n° 12, qui se prononce néanmoins pour la nullité absolue « en raison du caractère impératif de l'interdiction prononcée par l'article 903 du Code civil [et car] le jeune âge du mineur a pour conséquence une absence de consentement valable ».
[98] Cass. 1re civ., 13 mai 1958 : *Bull. civ.* I, n° 242.
[99] Sur cette notion, voir F. Betaillole-Gonthier, « La capacité naturelle », Thèse Bordeaux IV, 1999.
[100] Voir notamment pour les mineurs, J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p. 1

constitue en revanche pas un régime d'incapacité de droit[101] : la preuve de l'excès ou de la lésion doit être rapportée pour que l'acte effectué soit remis en cause [102]. Ainsi, l'incapacité de droit se définit comme la présomption pour l'avenir de l'altération des facultés d'un individu l'empêchant de consentir à un acte juridique, c'est-à-dire comme la présomption des causes de l'incapacité, ayant pour effet d'entraîner en elle-même, sans preuve supplémentaire, la nullité de l'acte réalisé par l'intéressé sans représentation ou assistance. Elle se distingue de l'incapacité naturelle, définie comme l'impossibilité, née d'une qualité inhérente à la personne, de consentir à un acte juridique à un moment donné, et qui a pour conséquence, sous la condition de rapporter la preuve de son existence, de permettre l'annulation de l'acte réalisé sous son empire. Dans le cadre de l'incapacité naturelle, puisque la preuve de l'impossibilité à consentir à l'acte juridique doit être rapportée pour chaque acte en particulier, la protection mise en place ne peut être qu'occasionnelle, c'est-à-dire pour l'acte en cause à un moment donné. La distinction opérée entre l'incapacité de droit et l'incapacité naturelle perd cependant de son intérêt quant à la sanction apportée aux actes effectués par la personne incapable car il s'agit dans les deux cas d'une nullité relative[103]. Si cette solution a autrefois fait l'objet d'une controverse doctrinale[104] et jurisprudentielle[105], le renvoi opéré aujourd'hui par l'article 489 à l'article 1304 du Code civil est sans équivoque. De surcroît,

[101] L'article 491-2 al. 1 du Code civil vient d'ailleurs rappeler qu'il « conserve l'exercice de ses droits », affirmation répondant à un souci de clarté mais qui n'est pas indispensable : en l'absence de texte présumant de son incapacité, le majeur sous sauvegarde de justice est en principe capable.

[102] Voir cependant R. Savatier, *in* « Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil », *D.* 1968, chr. p. 112, qui parle « d'incapacité virtuelle », car pour lui ces actes ne sont valables que si plus tard le tribunal ne décide pas de les rescinder pour lésion ou de les réduire pour excès.

[103] Article 1108, 1125 et 1304 du Code civil.

[104] Voir avant la réforme de 1968 en faveur de la nullité absolue : Ch. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, T. 3 bis, *L'état et la capacité des personnes*, avec la collaboration d'A. Breton, Librairie A. Rousseau, 2e éd., 1936, n° 1783 ; Planiol et Ripert, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. 1, *Introduction générale, Les personnes*, par Ripert et Boulanger, LGDJ, 1956, n° 2815.
En faveur de l'inexistence : Josserand, *op. cit.*, n° 523 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. 24, *Traité des contrats*, § 79, Editions A. Lahure, 1880 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, T. 15, Librairies A. Merescq, 3e éd., 1878, n° 464. Sur cette notion, voir G. Dury, « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », Travaux de l'association Henri Capitant, Dalloz, 1965, p. 611.
En faveur de la nullité relative : Domat, *Les lois civiles*, liv. I, Tit. 1, sect. V, n° 2, 3, 4 et 16 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. 4, 6e éd. par Bartin, Edition Techniques, § 343 p. 422 ; Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, T. 1, *Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et famille*, refondu par Julliot de la Morandière, Dalloz, 1957, n° 1747 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. 1, *Les personnes*, par Ripert, R. et J. Savatier, LGDJ, 1952, n° 724 ; et T. 6, *Obligations*, par Esmein, LGDJ, 1952, n° 173.

[105] Voir avant la réforme de 1968 en faveur de la nullité absolue : CA Lyon, 24 août 1831 : *S.* 1832, 2, 84 ; CA Poitiers, 7 décembre 1854 : *DP* 1855, 5, 293 ; CA Angers, 13 février 1846 : *DP* 1846, II, p. 74 ; CA Toulouse, 25 juillet 1863 : *DP* 1863, II, 139 ; CA Toulouse, 21 janvier 1885 : *DP* 1886, II, p. 73 note Glasson. Plus récemment, Cass. soc., 17 octobre 1955 : *JCP* 1956, II, 9226, obs. Laurent.
En faveur de l'inexistence : Cass. soc. 17 octobre 1955, obs. Laurent précité.
En faveur de la nullité relative : CA Poitiers, 30 octobre 1893 : *S.* 1895, II, 225 ; CA Bordeaux, 22 avril 1896 : *DP* 1896, 2, 455 ; S. 1896, 2, 232 ; CA Nîmes, 29 janvier 1890 : *DP* 1891, 2, 97.

l'incapacité naturelle et l'incapacité de droit paraissent étroitement liées dans la mesure où elles partagent la même cause. L'incapacité de droit présume l'incapacité naturelle. Dès lors, en cas d'incapacité de droit, il faut s'interroger sur la possibilité de faire jouer un rôle à la preuve de l'intervalle lucide, défini comme la possibilité de « comprendre et (…) vouloir »[106], et plus généralement à la capacité naturelle. En effet, si la cause de l'incapacité de droit est l'incapacité naturelle, la présomption qui en découle ne doit pas être irréfragable, ne serait-ce que pour mettre fin aux régimes de protection. Si un majeur placé sous tutelle pour altération de ses facultés mentales retrouve la maîtrise de sa volonté, il est mis fin à la tutelle[107]. Par suite, il est tentant d'adopter la même solution lorsqu'un seul acte est en cause. Il ne serait pas nécessaire de rapporter la preuve de l'incapacité naturelle pour obtenir la nullité de l'acte mais il serait possible d'établir l'existence d'une capacité naturelle pour cet acte déterminé afin d'en éviter la nullité. Cette solution doit néanmoins être rejetée[108] : elle aurait en effet pour conséquence de vider de son sens les incapacités de droit et le régime de protection continue auquel elles donnent lieu, et de rendre inutile la distinction avec l'incapacité naturelle en affaiblissant la présomption d'inaptitude[109]. En réalité, cette possibilité est envisageable dans un seul cas : celui des actes personnels pour lesquels aucune représentation n'est possible. Pour éviter la perte totale de telles prérogatives, il doit être possible de rapporter la preuve de la capacité naturelle de l'intéressé et de faire sortir cet acte du champ d'application de l'incapacité de droit. Tel est notamment le cas de certains actes en lien avec la qualité de parent, tels que l'établissement de la filiation ou l'exercice de l'autorité parentale.

26. Cette dernière idée révèle l'inutilité d'une distinction pourtant encore souvent opérée, entre les incapacités générales, c'est-à-dire les incapacités qui s'appliquent à l'ensemble des actes, et les incapacités spéciales, c'est-à-dire les incapacités qui concernent seulement un acte ou un type d'actes déterminés. En effet, depuis l'abolition de l'esclavage et la fin de la mort civile, il n'existe dans notre droit aucune incapacité générale de jouissance. Il

[106] CA Paris, 10 janvier 1969 : *D.* 1969, p. 331.
[107] Article 507 du Code civil : « La tutelle cesse avec les causes qui l'ont déterminée (…) ».
[108] En ce sens déjà : Demogue, *Traité des obligations en général.*, n° 686 p. 406 ; Planiol, *op. cit*. II, n° 1090 et I, n° 1079 ; Beudant, *op. cit.* II, n° 976 ; Laurent, *op. cit.* V, n° 304.
[109] Voir notamment pour la tutelle, Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, les incapacités, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004, n° 341 p. 67, pour qui « l'ouverture de la tutelle, et c'est là son utilité pratique (pour les familles), supprime légalement les intervalles lucides ». En ce sens également, F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2005 qui, pour la tutelle, refusent expressément la possibilité pour les tiers de rapporter la preuve d'un intervalle lucide (n° 1267) et qui, pour la curatelle, retiennent le principe de la nullité pour les actes de disposition effectués sans l'assistance du curateur, « sauf circonstances de faits particulières que le juge doit explicitement viser au soutien de sa solution » (n° 1287).

n'existe pas non plus d'incapacité générale d'exercice. La curatelle, par l'importance des limites apportées à l'incapacité qu'elle instaure, paraît plutôt être une addition d'incapacités spéciales. Même la minorité ou la tutelle des majeurs, qui sont pourtant souvent désignées comme le paradigme de l'incapacité générale d'exercice, laissent à l'intéressé une partie de sa capacité, notamment en matière d'actes extrêmement personnels, tels que les actes liés à la qualité de parent. Les incapacités sont toujours spéciales[110], comme l'illustre la possibilité de mettre en œuvre le régime de protection propre à l'incapacité naturelle, nonobstant l'existence d'une mesure de tutelle, pour les actes qui ne sont pas susceptibles de représentation. Le caractère général de l'incapacité viderait de son sens cette disposition, destinée à s'appliquer là où l'incapacité de droit ne joue pas.

27. La définition de l'incapacité permet donc de mieux cerner qui peut être qualifié de « parent incapable » : il s'agit du parent mineur de 18 ans et non émancipé, du parent majeur sous tutelle ou curatelle, ou encore du parent atteint d'un trouble mental au moment de la réalisation d'un acte juridique.

28. La paternité et la maternité d'un incapable soulèvent dès lors deux grandes difficultés.

D'une part, les droits fondamentaux relatifs à la qualité de parent doivent être respectés. L'accès à la qualité de parent et l'exercice des prérogatives qui y sont attachées doivent être dissociés du régime de protection des incapables.

D'autre part, la protection de l'enfant de l'incapable doit être assurée. La rencontre de deux incapacités et de deux régimes de protection soulève la question de savoir si un incapable représenté ou assisté dans les actes de la vie civile peut assurer la mission de protection de son enfant, c'est-à-dire si un incapable peut protéger un autre incapable.

Première partie : Le respect des droits fondamentaux du parent incapable

Seconde partie : La protection de l'enfant de l'incapable

[110] *Contra* cependant J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 291, p. 545, qui propose de considérer comme générales toutes les incapacités qui affectent l'ensemble de la personnalité d'une manière permanente, même si elles laissent une large zone de capacité, dès lors qu'il s'agit de mettre à part des catégories de personnes et pas seulement des catégories d'actes juridiques. Cette position doit être rejetée, en ce qu'elle modifie le sens de cette classification, et peut se confondre avec la division fondamentale opérée entre l'incapacité civile qui met à part des catégories de personnes et l'incapacité naturelle qui a vocation a s'appliquer à un acte juridique en particulier.

PREMIERE PARTIE : LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DU PARENT INCAPABLE

29. Dans sa recommandation n° R (99) 4 du 23 février 1999 relative aux principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a énoncé que « les lois, procédures et pratiques concernant la protection des majeurs incapables doivent reposer sur le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[111]. « En particulier, une mesure de protection ne devrait pas automatiquement priver la personne concernée du droit (…) de prendre toute (…) décision à caractère personnel, ce à tout moment, dans la mesure où sa capacité le lui permet »[112]. Ainsi, « la mesure de protection limite la capacité juridique, les droits et libertés de la personne concernée seulement dans la limite nécessaire pour atteindre le but de l'intervention auprès de celle-ci »[113] : « il convient, dans la mesure du possible, de rechercher, de prendre en compte et de respecter dûment les souhaits passés et présents, et les sentiments de l'intéressé »[114].

30. Bien que limitée au majeur incapable et dépourvue de sanction en droit positif, cette recommandation correspond aux principes sur lesquels repose notre droit des incapacités. La nécessaire prise en compte de la dignité de la personne[115] doit conduire à favoriser au mieux son autonomie dans les domaines personnels[116]. C'est ce vers quoi tend le législateur, *de lege lata* en reconnaissant au mineur le droit d'être associé par les parents aux

[111] Partie II, Principe 1.
[112] Partie II, Principe 3.
[113] Partie II, Principe 6.
[114] Partie II, Principe 9.
[115] Article 16 du Code civil ; *Cf.* E. Paillet, « La dignité de la personne majeure protégée », Mélanges Bolze, Economica, 1999, p. 283.
[116] J.-P. Gridel, « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », Rapp. Cass. 2000, p. 79 ; « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal*. du 21-22 mars 2003, Doctrine p. 765.

décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité[117] et en reconnaissant son autonomie dans certains actes éminemment personnels, et *de lege ferenda* en affirmant que la protection des majeurs « doit être appliquée dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine », qu'elle « doit favoriser autant que possible l'autonomie de la personne protégée »[118] et que le tuteur d'un mineur ou d'un majeur ne le représente que « sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne protégée à agir elle-même »[119]. Le respect des droits fondamentaux reconnus aux mineurs et aux majeurs sous tutelle ou curatelle conduit à s'affranchir du régime d'incapacité. Tel est notamment le cas pour ce qui concerne la paternité et la maternité. En d'autres termes, il faut s'assurer que le régime de protection de l'incapable ne limite pas son droit d'avoir des enfants, d'établir sa filiation et d'exercer les prérogatives parentales.

31. Il apparaît alors qu'avant d'être des incapables, le mineur et le majeur sous tutelle ou curatelle sont des parents, ne serait-ce que potentiels. Aucune conséquence ne doit être tirée de l'incapacité civile. S'il est nécessaire d'opérer une distinction entre la situation précédant la naissance de l'enfant (Titre 1) et celle qui lui est postérieure (Titre 2), ce n'est pas parce que la solution diffère mais pour constater les divergences quant au raisonnement justifiant le principe de l'absence d'effet de l'incapacité civile.

[117] Article 371-1 du Code civil.
[118] Article 416 futur du Code civil issu du projet de réforme.
[119] Article 490 futur du Code civil issu du projet de réforme.

TITRE 1 : AVANT LA NAISSANCE DE L'ENFANT

32. Les droits fondamentaux du « parent » incapable doivent être respectés avant même la naissance de l'enfant, pour l'accès à cette qualité. Deux situations sont à distinguer.

33. Au moment de la procréation, l'enfant n'existe pas, même de manière potentielle. Il ne saurait donc y avoir de conflit de protections dû à la rencontre de deux incapacités aux intérêts opposés. Il faut pourtant s'interroger sur la possibilité de faire jouer le régime de protection de l'incapable en la matière. Autrement dit, il s'agit de savoir s'il faut être juridiquement capable pour concevoir un enfant.

34. Au moment de la grossesse, l'enfant existe potentiellement, mais n'est toujours pas protégé comme personne juridique. Aucun conflit n'existe donc entre les différents régimes de protection. Comme pour tout individu, il s'agit de respecter les droits du parent incapable pour tout ce qui concerne son état de grossesse, ce qui inclut la question délicate de son interruption, confrontée au système de protection dont bénéficie le fœtus.

35. Ainsi, il faut étudier successivement les difficultés relatives à la procréation d'une personne incapable (Chapitre 1) et à son état de grossesse (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'INCAPABLE ET LA PROCRÉATION

36. La procréation est « l'action de procréer », c'est-à-dire « d'engendrer »[120]. Procréer vient du latin *creare* : faire naître du néant[121]. Il s'agit pour un couple d'avoir des enfants, de manière naturelle ou avec l'aide de la médecine. Le respect des droits fondamentaux de tout individu s'exprime notamment par la reconnaissance de sa liberté de procréer.

37. La procréation passe le plus souvent par la sexualité, même s'il est possible par exception de procréer sans relation sexuelle, en ayant recours à la procréation médicalement assistée (PMA). Il est alors possible de caractériser l'existence d'une liberté sexuelle, dont l'exercice par une personne incapable doit faire l'objet d'une étude spécifique. Cependant, la sexualité n'entraîne pas toujours la procréation. Au-delà de l'incertitude de la fécondation, toute personne peut avoir des relations sexuelles sans vouloir procréer. Ce sont les problèmes de la contraception et de la stérilisation, qui confrontés à l'incapacité de l'individu soulèvent des difficultés éthiques et juridiques.

38. L'étude de la procréation d'une personne incapable conduit donc à envisager tout d'abord la liberté sexuelle de l'incapable (Section 1), puis ensuite les moyens d'éviter la procréation de l'incapable (Section 2).

Section 1 : La liberté sexuelle de l'incapable

39. La reconnaissance de la liberté sexuelle de l'incapable n'est pas évidente. Le principe doit déjà être vérifié (§ 1). Lorsque l'incapable peut avoir librement des relations

[120] *Le Grand Robert de la langue française*, V° Procréation et Procréer, sens 1 ; Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° Procréer.
[121] Voir Ph. Malaurie, « Couple, procréation et parenté (colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 juin 1997 » : *D.* 1998, chron. p. 127, spéc. p. 129, n° 21.

sexuelles, il se heurte parfois à certains obstacles qui existent en dehors du régime des incapacités (§2).

§ 1. La liberté sexuelle de l'incapable

40. Pour pouvoir parler de « liberté sexuelle de l'incapable », il convient avant tout d'étudier la qualification de « liberté sexuelle » (A). Il faut ensuite vérifier si les statuts de mineur et de majeur sous tutelle ou curatelle prêtent ou non à conséquence en matière de sexualité, c'est-à-dire déterminer si la liberté sexuelle est reconnue aux incapables comme à tout individu (B).

A) La qualification de liberté sexuelle

41. La sexualité relève clairement du domaine de la liberté : elle en revêt tous les caractères (1). Cependant, son fondement reste flou (2).

1. Les caractères de la liberté sexuelle

42. La liberté connaît de nombreuses définitions. Le vocabulaire Capitant la présente comme « la situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut toutes ses facultés »[122]. Une liberté est alors « l'exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité »[123]. Civile, elle est la « faculté innée, inhérente à la personnalité, reconnue à tout individu de se déterminer par sa seule volonté dans sa vie personnelle »[124]. Naturelle, elle est « le pouvoir que l'homme a naturellement d'employer ses facultés comme il lui convient »[125]. Individuelle, elle est « le droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher »[126] ou encore « la possibilité reconnue à la personne de faire ce qui lui plaît, le pouvoir pour elle d'agir selon sa propre détermination »[127].

---

[122] G. Cornu, *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, V° Liberté, sens 1.
[123] G. Cornu, *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, V° Liberté, sens 2.
[124] G. Cornu, *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, V° Liberté civile.
[125] Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° Liberté, sens 4.
[126] G. Cornu, *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, V° Liberté individuelle, a).
[127] J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, vol. 1, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004, n° 275, p. 512.

43. Deux auteurs se sont plus particulièrement opposés sur la définition de la liberté et sur la possibilité de transposer en la matière la théorie de l'abus de droits. D'un côté, pour le Doyen Roubier, la liberté est « une prérogative plus étendue que le droit proprement dit : c'est ainsi qu'elle échappe à toute appréciation judiciaire au titre de l'abus de droits car l'emploi du mot « liberté » signifie que celui qui en use n'a pas à en indiquer ses motifs »[128]. Elle « ouvre à son bénéficiaire, s'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques qui se placent dans le cadre de cette liberté »[129]. D'un autre côté, pour le Doyen Josserand, la liberté est « la souche commune de tous les droits »[130]. Elle est un droit plus ample, une prérogative générale et floue, susceptible d'abus, même si ce dernier est alors plus difficile à caractériser. Mais pour les deux auteurs, la liberté se définit toujours par l'absence de condition nécessaire à sa caractérisation. L'individu qui se voit reconnaître une liberté dispose d'un pouvoir d'autodétermination. La liberté ne connaît comme limite que l'interdiction de nuire à autrui. En ce sens, une définition de la liberté fait l'unanimité : celle posée par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui proclame que « la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

44. Ainsi, la qualification de « liberté » sexuelle nécessite la caractérisation de l'autodétermination de l'intéressé en ce domaine. L'exercice de cette prérogative ne doit être soumis à aucune condition pour relever du domaine des libertés.

45. Dans cette acception, le choix de recourir à la procréation médicalement assistée ne correspond pas à l'exercice d'une liberté. Il s'agit « des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel »[131]. Pour recourir à ce mode artificiel de procréation, l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, être mariés ou apporter la preuve d'une vie commune depuis au moins deux ans, et consentir préalablement au transfert des embryons ou

[128] P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, n° 20, p. 443.
[129] P. Roubier, *op. cit.,* p. 147.
[130] L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, Paris, 2e éd., 1939, n° 203, p. 275.
[131] Article L. 2141-1 du Code de la santé publique.

à l'insémination[132]. Il ne s'agit pas d'une liberté mais d'une prérogative conditionnée, d'un droit. Pour autant, aucune condition de capacité civile n'est exigée. *A priori* donc, les mineurs ou majeurs sous tutelle ou curatelle peuvent bénéficier d'une procréation médicalement assistée : il n'existe pas d'incapacité présumée à l'accès aux PMA[133].

46. La qualification de liberté sexuelle concerne ainsi à titre essentiel la sexualité « naturelle ». Pour avoir des relations sexuelles nécessaires à la conception d'un enfant, il suffit de disposer de ses facultés reproductives. Cette aptitude à procréer ne peut faire l'objet d'une fixation arbitraire, pour son début comme pour sa fin[134]. Si l'âge nubile, c'est-à-dire l'âge à partir duquel l'homme et la femme sont aptes à procréer[135], s'acquiert le plus souvent vers 13 ans, aucune règle générale n'est posée. Dès qu'il en a l'aptitude physique, chaque individu décide seul d'avoir des relations sexuelles. Cette faculté relève de sa propre détermination. Il s'agit d'une liberté[136]. Le seul tempérament à ce principe tient à l'obligation de trouver un partenaire consentant pour procréer : la liberté sexuelle trouve sa limite dans la liberté de l'autre de ne pas participer aux relations sexuelles. D'emblée cependant, cette restriction doit être nuancée, dans la mesure où elle n'empêche pas réellement l'acte sexuel, mais a seulement pour effet de le rendre illicite[137]. La qualification de liberté ne s'en vérifie que plus fortement.

47. Si la qualification de liberté sexuelle se vérifie, elle n'est pas expressément consacrée en tant que telle par le droit. Son fondement reste flou. Plusieurs rattachements peuvent alors être proposés.

---

[132] Article L. 2141-2 al. 3 du Code de la santé publique.
[133] Voir cependant *infra* § 56. l'exclusion en pratique des mineurs et majeurs incapables.
[134] C'est ainsi que les personnes âgées ont dans une proportion non négligeable toujours des relations sexuelles : *Cf.* J.-Y. Nau, suite à l'étude de l'équipe médicale suédoise d'Ingmar Skoog publiée dans le « New England journal of medicine », *Le Monde* du 2 mai 1996, p. 1 « La sexualité heureuse du 4e âge ».
[135] A noter que le Grand Robert de la langue française propose deux définitions de l'adjectif « nubile », à savoir « qui est en âge d'être marié » et « qui est formé, apte à la reproduction », ce qui exprime la confusion souvent opérée entre l'âge légal pour se marier et l'aptitude à procréer.
[136] M.-T. Meulders-Klein, *in* « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD civ.* 1988, p. 645, spéc. p. 663 et 664, préfère qualifier la procréation naturelle de « droit-liberté », que l'auteur définit comme « un pouvoir d'autodétermination que l'homme peut exercer sur lui même et qui implique de la part de l'Etat et des autres particuliers un devoir de non-ingérence ».
[137] *cf. infra* § 71 s.

2. Le fondement de la liberté sexuelle

48. La liberté sexuelle correspond à la liberté d'avoir ou non des relations sexuelles. Cet aspect négatif de la liberté « protège l'homme dans ce qu'il a de plus intime et de plus sacré puisque, au-delà de la liberté elle-même, sont en cause la dignité humaine, le droit à l'intégrité physique et le droit à la vie (ou à ne pas donner la vie) »[138]. Cette affirmation fait apparaître la difficulté à trouver le fondement de cette liberté.

49. Si la liberté de ne pas avoir de relations sexuelles fait l'objet de certaines dispositions, notamment en droit pénal – sans toutefois que la qualification de liberté soit utilisée[139] – , la liberté d'avoir des relations sexuelles ne se rattache *a priori* à aucun texte[140]. Elle fait néanmoins l'objet d'une reconnaissance indirecte, à travers la consécration de certains droits qui en sont les corollaires : tel est le cas du droit de chacun au respect de sa vie privée, du droit de chacun à disposer de son corps, du droit à la vie et du droit à fonder une famille.

50. En faveur du rattachement à la vie privée[141], il peut être relevé que l'application de l'article 9 du Code civil, posant expressément le principe du respect de la vie privée de chacun, conduit à permettre à tout individu de vivre comme il le souhaite et à l'abri des regards, ce qui concerne également sa sexualité : chacun peut ainsi vivre ses relations sexuelles comme il l'entend. Cette intégration de la liberté sexuelle à la vie privée a été opérée

---

[138] J. Devèze, « La sexualité dans le droit pénal contemporain », Rapport au colloque « Droit et réalités sociales de la sexualité », Université des sciences sociales de Toulouse, 18-19 octobre 1985, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 27.

[139] La liberté sexuelle au sens de liberté de ne pas avoir de relations sexuelles est cependant consacrée par la jurisprudence, qui l'a déjà expressément reconnue à la femme mariée pour justifier la possibilité de caractériser un viol entre époux : Cass. crim., 5 septembre 1990 : *Bull. crim.*, n° 313, p. 790 ; *JCP G* 1991, II, 21629, note M.-L. Rassat ; *Rev. sc. crim.* 1991, n° 2, p. 348, note G. Levasseur ; *D.* 1991, jurisp. p. 13, note H. Angevin.

[140] S. Regourd, « Sexualité et libertés publiques », p. 47, spéc. p. 50, Rapport au colloque « Droit et réalités sociales de la sexualité », Université des sciences sociales de Toulouse, 18-19 octobre 1985, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse.

[141] En ce sens, TA Paris, 20 décembre 1990, M. et Mme B : *RFDA* 1992, concl. S. Monchambert, p. 545, spéc. p. 548, et plus récemment TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juillet 2004 : *D.* 2004, jurisp. p. 2392, note E. Agostini et somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *Gaz. Pal*. du 9 octobre 2004, jurisp. p. 9, note G. de Geouffre de la Pradelle ; *Dr. famille* sept. 2004, p. 22 et oct. 2004, comm. p. 24, note V. Larribau-Terneyre ; et *cf*. C. Saint-Halary-Houin, « La sexualité dans le droit civil contemporain » , p. 5, spéc. p. 10, et S. Regourd, « Sexualité et libertés publiques », p. 47, spéc. p. 51 et 55, Rapports au colloque « Droit et réalités sociales de la sexualité », Université des sciences sociales de Toulouse, 18-19 octobre 1985, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse. De même, M.-T. Meuders-Klein, art. préc., qualifie la procréation par méthode naturelle de droit-liberté au titre notamment du droit au respect de la vie privée et familiale. Voir également D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D*. 2005, chron. p. 1508, spéc. p. 1509 et 1510.

par une décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 13 mai 1976[142], dans laquelle le droit au respect de la vie privée est défini comme « le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité ». La Cour européenne des droits de l'homme a également admis que le droit au respect de la vie privée recouvre un droit à l'intégrité physique et morale englobant la vie sexuelle, protégeant les individus particulièrement vulnérables et incapables de se défendre par eux-mêmes, en considérant que l'article 8 de la Convention est violé par la loi néerlandaise qui ne sanctionnait pas les atteintes à l'intégrité sexuelle d'handicapés mentaux[143]. Des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont pour la Cour européenne des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8[144]. L'Etat doit protéger la liberté sexuelle des individus. A défaut, il porte atteinte à la vie privée et viole les obligations positives qui pèsent sur lui au titre de l'article 8 de la Convention. C'est ainsi que dans l'arrêt Dudgeon du 22 octobre 1981[145], la Cour condamne le gouvernement pour avoir interdit les relations homosexuelles entre adultes consentants, cette législation portant une atteinte injustifiée à la vie privée. Cependant, la Cour envisage dans cette affaire certaines limites à la liberté : elle admet la possibilité de réglementer pénalement certaines formes du comportement sexuel, lorsqu'il s'agit de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale[146]. Cette situation peut correspondre

[142] Req. N° 6825/74, X. C/ Islande, décision de la Commission du 13 mai 1976, DR. 5 p. 86. Voir aussi Commission EDH, 10 mars 1988, F… c/ Suisse, qui souligne que « le droit au repect de la vie privée consacrée par l'article 8-1 de la convention assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité et que, à cette fin, l'individu doit avoir la possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles, avec d'autres personnes ».

[143] Cour EDH, X. et Y. c/ Pays-Bas, 26 mars 1985, série A, n° 91 : *AFDI* 1986, p. 293, obs. V. Coussirat-Coustère. Il s'agissait en l'espèce d'un vide législatif privant une personne handicapée mentale de 16 ans de la possibilité de porter plainte pour viol ou de se faire représenter sur ce point. La Cour énonce expressément que « les faits à l'origine de la requête relèvent de la vie privée, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle ». L'absence de protection « concrète et effective » en la matière caractérise une violation de l'article 8.

[144] Voir notamment Cour EDH, Dudgeon c/ France, 22 oct. 1981, série A, n° 45, § 41 et 52 ; B. c/ France, 25 mars 1992, série A, n° 232-C,§ 63 ; Burghartz c/ Suisse, 22 février 1994, série A, n° 280-B, § 24 ; K.A. et A.D., c/ France, 17 février 2005, § 79 et s. ; Smith et Grady c/ France, 27 sept. 1999, § 89 ; Modinos c/ Chypre, 22 avril 1993, série A, § 259 ; ATD c/ France, 31 juillet 2000 : RTDH 2002, p. 345, note M. Levinet.

[145] Cour EDH, Dudgeon c/ France, 22 oct. 1981, série A, n° 45 : F. Sudre, J.-P. Margénaud, J. Andriantsimbazovine, A. Gouttenoire, M. Levinet : *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Coll. Thémis, 2e éd., 2004, n° 37 p. 346.

[146] Cour EDH, Dudgeon c/ France, préc., § 49 et 52.

à celle d'une personne incapable. Il s'agit alors de garantir le caractère consenti de la relation sexuelle[147].

51. Sans exclure ce lien entre sexualité et vie privée, il est également possible d'établir un rapport entre la liberté sexuelle et le droit de chacun de disposer de son corps. Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle[148]. Dans cette hypothèse, la liberté sexuelle est analysée sous l'angle de la protection contre les tiers[149] et de la protection contre l'individu lui-même.

52. Il est vrai que la décision d'avoir des relations sexuelles n'est pas sans conséquence sur le corps de la personne. Or le corps fait la personne, il en est le *substratum*[150]. C'est pourquoi, le corps humain est l'objet d'une protection particulière contre les atteintes des tiers, mais aussi de l'individu contre lui-même : le droit de disposer de son corps est reconnu à titre exclusif à l'individu, mais sous la condition de l'expression d'un consentement conscient, libre et éclairé. Par suite, l'acte sexuel, compris comme une manifestation du droit de disposer de son corps, est soumis à la même exigence. A défaut de consentement, si l'acte ne peut réellement être empêché ni être annulé, il est considéré comme illicite et relève du droit pénal. Seul l'individu lui-même peut consentir à avoir des relations sexuelles et un tiers ne peut jamais l'y contraindre sauf à se rendre coupable d'une infraction.

53. La liberté sexuelle pourrait également se rattacher au droit à la vie, proclamé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme[151] et par l'article 6 du pacte international relatif aux droits civils et politiques[152]. Elle révèle ainsi son lien avec la liberté de procréer. Il est en effet possible de l'interpréter comme reconnaissant un droit de donner la vie[153]. D'ailleurs, ce droit naturel de donner la vie paraît implicitement reconnu dans le droit

[147] D. Roman, art. préc., p. 1511.
[148] Cour EDH, K.A. et A.D. c/ France, 17 février 2005, req n° 42758/98, § 83.
[149] C'est le principe de l'inviolabilité du corps humain : *noli me tangere*.
[150] J. Carbonnier, *op. cit.,* n° 196, p. 381.
[151] Article 2 Conv. EDH : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. (…) ».
[152] Article 6 al. 1 PIDCP : « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. (…) ».
[153] En ce sens, voir notamment S. Regourd, « Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort », *RD publ.* 1981, p. 403, spéc. p. 409, qui par une approche sémantique énonce que « le droit à la vie peut être en effet compris dans son acception la plus littérale comme droit « d'accéder » à la vie, c'est-à-dire du point de vue des géniteurs, comme droit de donner la vie, de procréer ». Voir également J. Robert et J. Duffar, *Droits*

de fonder une famille consacré par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme[154], par l'article 16 al. 1 de la déclaration universelle des droits de l'homme[155] et par l'article 23 al. 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques[156]. Dans cette hypothèse, la liberté sexuelle au sens de donner la vie se confond avec la liberté de procréer et regroupe autant la PMA que la sexualité « naturelle ».

54. Ainsi, la sexualité doit recevoir la qualification de liberté, avec ou sans fondement propre. Elle doit alors être reconnue au mineur et au majeur sous tutelle ou curatelle comme à tout individu.

B) La liberté sexuelle reconnue aux incapables

55. La liberté sexuelle, en tant que telle, est *a priori* indifférente aux régimes des incapacités civiles (1). Néanmoins, les représentants légaux, dans le cadre de l'autorité parentale, peuvent être amenés à jouer un rôle en la matière (2).

1. L'absence de conséquence de l'incapacité civile

56. Il convient de revenir ici sur la possibilité reconnue *a priori* aux incapables de recourir à la procréation médicalement assistée. Si leur régime d'incapacité ne joue pas, il leur sera cependant souvent difficile de remplir les conditions pour exercer ce droit. Il semble qu'un mineur ne pourra pas rapporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans, et lorsqu'il est marié, son mariage ayant pour conséquence de l'émanciper, il ne relève alors plus de la catégorie des mineurs incapables, qui fait difficulté. Quant aux majeurs sous tutelle ou curatelle, c'est au niveau de l'expression de leur consentement que la procédure risque d'achopper. Ce consentement est donné par déclaration conjointe devant le président du

---

de l'homme et libertés fondamentales, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 1999, p. 225, qui s'interroge : « n'est-ce pas le prolongement du droit à la vie que le « droit de la transmettre ? »

[154] Article 12 Conv. EDH : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

[155] Article 16 al. 1 DUDH : « A partir de l'âge nubile l'homme et la femme sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion ont le droit de se marier et de fonder une famille »

[156] Article 23 al. 2 PIDCP : « Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ».

tribunal de grande instance ou devant notaire, et est recueilli par acte authentique[157]. Préalablement à cette manifestation de volonté, le couple est informé des conséquences quant à la filiation à venir[158]. Le consentement exprimé a pour objet, en connaissance des effets qui y sont attachés, de créer le lien de droit que constitue la filiation. Par suite, il s'agit là de la réalisation d'un acte juridique personnel. En l'absence de dispositions spécifiques permettant de régler cette difficulté et au regard de la nature de l'acte, il convient sans nul doute de rejeter toute possibilité de représentation. L'homme et la femme, même sous tutelle, doivent personnellement consentir à une procréation médicalement assistée et il appartient au juge ou au notaire de vérifier leur consentement. Si leur régime civil de protection ne les empêche pas d'accéder à ce mode de procréation, la cause de ce régime, c'est-à-dire l'altération de leurs facultés, peut les en priver. Autrement dit, si l'absence de consentement à la PMA ne saurait être présumée pour une catégorie de personne, la preuve peut toujours en être rapportée pour un individu en particulier, indépendamment de son régime de protection. L'accès à la PMA par un incapable semble encore être plus difficile en matière de transfert d'embryons, dans la mesure où l'article L. 2141-5 du Code de la santé publique fait alors obligation au juge[159] de s'assurer des conditions d'accueil que le couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique[160]. Il est certain que ces éléments peuvent conduire le juge à ne pas recevoir le consentement des parents lorsqu'ils sont placés sous un régime d'incapacité. Ainsi, l'exercice du droit à la procréation médicalement assistée, sans être directement soumis à une condition de capacité civile et donc sans pouvoir être totalement exclu, n'est en pratique pas aisément accessible aux personnes incapables.

57. Pour les relations sexuelles en elles-mêmes, seule l'aptitude physique de l'intéressé est un facteur déterminant. L'existence préalable d'un régime civil de protection ne change rien. Pour écarter la qualification d'agression sexuelle, la Cour de cassation[161] peut ainsi affirmer que « le seul fait que la victime supposée soit placée sous un régime de protection, y compris sous tutelle, ne saurait par lui-même établir une impossibilité de

[157] Article 311-20 du Code civil et articles 1157-2 et 1157-3 du nouveau Code de procédure civile. Voir M. Gobert, « Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur », in *Médecine, bioéthique et droit*, Economica, 1999, p. 113

[158] Article 1157-3 du nouveau Code de procédure civile

[159] Seul compétent ici

[160] En ce cas, le contrôle opéré se rapproche de celui effectué en matière d'adoption. Pour le reste, aucun contrôle de l'aptitude des demandeurs à assurer l'éducation de l'enfant n'est prévu : « le couple reste maître de sa décision et est le seul responsable par rapport à cette décision de procréer » (B. Feuillet-Le Mintier, « L'assistance médicale à la procréation », in *Les lois bioéthiques à l'épreuve des fait*s. *Réalités et perspectives*, sous la direction de B. Feuillet-Le Mintier, PUF, Coll. Droit et Justice, 1999, p. 205.

[161] Cass. crim., 22 septembre 1999, Pourvoi n° 98-86 677, inédit.

résistance, [et] qu'un tel systématisme conduirait au demeurant à interdire toute vie sexuelle aux majeurs protégés », puis constater certains éléments de faits, en l'espèce l'absence de virginité et la prise de contraceptifs, attestant de l'aptitude physique et psychologique de l'intéressé aux relations sexuelles.

58. Dans le même sens, il faut remarquer qu'il s'agit ici de participer à un événement purement factuel dont le consentement n'est pas une condition de formation. Par suite, la présomption d'absence de consentement qui pèse sur le mineur et sur le majeur sous tutelle ne joue pas. L'incapable peut avoir des relations sexuelles. Le défaut de consentement, si la preuve en est rapportée, ne peut que rendre illicite la relation sexuelle que le tiers aura eu avec l'incapable et le rendre coupable d'une infraction pénale[162], sans totalement empêcher une telle relation[163].

59. De plus, le consentement librement exprimé aux relations peut l'être dans le sens souhaité par l'intéressé. Aucune distinction quant à la sexualité n'est donc opérée : la décision d'avoir des relations homosexuelles ou hétérosexuelles relèvent du même principe de liberté[164]. C'est ainsi que la liberté du mineur dans ses orientations sexuelles a été implicitement affirmée par le législateur qui, par la loi du 4 août 1982, a abrogé une disposition du Code Napoléon qui incriminait « quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un mineur de plus de 15 ans du même sexe »[165]. Les relations homosexuelles que le mineur de plus de 15 ans consent à avoir sont donc en principe dépénalisées, sauf les hypothèses de droit commun de l'article 227-27 du Code pénal[166]. En ce sens, la Commission européenne des droits de l'homme[167] et la Cour européenne des droits de l'homme[168] énoncent qu'en l'absence de toute justification objective et raisonnable, le maintien d'un âge de consentement plus élevé pour les actes homosexuels que pour les actes

[162] *Cf. infra* § 71 s.
[163] L'illicéité d'une telle relation n'affecte en aucun cas la liberté sexuelle reconnue aux individus. C'est ainsi que la jurisprudence a pu, à propos de personnes handicapées en établissement, retenir des circonstances aggravantes contre le prévenu au titre de victime particulièrement vulnérable, en reconnaissant, mais tout en nuance, la liberté sexuelle des handicapés. Voir Cass. crim., 6 mai 1986, Pourvoi n° 84-95 496, inédit, qui énonce que c'était au prévenu, éducateur, de renvoyer la personne handicapée dans sa chambre, « même s'il estime, éventuellement avec raison, que les handicapés ont un droit à la sexualité, voire à la procréation, comme tout être humain ».
[164] *Cf.* Cour EDH, Dudgeon c/ France, préc.
[165] Loi n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant le second alinéa de l'article 331 du Code pénal. Et *cf.* Ph. Jestaz, « Les actes homosexuels accomplis sur la personne d'un mineur » : *RTD civ.* 1982, n° 4, p. 795.
[166] *Cf. infra* § 80 s.
[167] Commission EDH, Sutherland c/ France, rapport du 1er juillet 1997, § 66.
[168] Cour EDH, L. et V. c/ France, 9 janvier 2003, § 39.

hétérosexuels est contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 et que les préjugés sur lesquels reposent les incriminations pénales en cause ne constituent pas une justification objective et raisonnable.

60. Une distinction doit pourtant être opérée entre le mineur et le majeur incapable. Le premier est en effet soumis à l'autorité parentale des père et mère chargés de le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité[169]. L'exercice de l'autorité parentale peut alors, en droit, priver le mineur de sa liberté sexuelle. Le rôle des représentants légaux doit être précisé.

2. Le rôle des représentants légaux

61. Deux principes contradictoires s'opposent *a priori* ici : celui de la protection de la personne que doivent assumer les parents[170], les tuteurs et les curateurs[171], et celui de la liberté sexuelle qui est reconnue à tout individu. Par essence, l'exercice de sa liberté relève de l'autodétermination de l'individu, ce qui devrait réduire à néant le rôle du représentant. Dans cette perspective, la reconnaissance d'une liberté sexuelle met fin à toute représentation ou même assistance.

62. La situation du mineur semble cependant connaître un régime spécifique. Il est possible en ce qui le concerne de s'interroger sur la portée des textes relatifs à l'autorité parentale permettant aux parents de poser des interdictions de fréquentations. En effet, si avec la réforme du 4 mars 2002 le législateur a supprimé toute référence expresse au droit et devoir de surveillance visé antérieurement à l'article 371-2 du Code civil, cette prérogative reste reconnue à tout parent, qu'il exerce ou non l'autorité parentale[172]. Elle se déduit des finalités de la mission parentale, qui a toujours pour objet d'assurer la protection de l'enfant dans sa

[169] Article 371-1 du Code civil.
[170] Article 371-1 du Code civil.
[171] *Cf.* Cass. 1re civ, 18 avril 1989 : *JCP G* 1990, II, 21467 note Th. Fossier ; Cass. 1re civ., 11 juin 1991 : *JCP G* 1992, II, 21879, note Th. Fossier ; Cass. 1re civ, 24 février 1993 : *D.* 1993, jurisp. p. 614, note Th. Verheyde pour une tutelle en gérance ; et CA Paris, 1re ch. Civ., 15 mars 1996 : *JCP G* 1996, II, 22733, note Th. Fossier pour une tutelle sous forme d'administration légale.
[172] Voir avant la réforme, Cass. 1re civ., 6 février 2001 : RJPF 2001-5/48, note A.-M. Blanc, qui a rejeté le pourvoi formé par le père contre l'arrêt qui avait refusé de lui reconnaître un droit de surveillance sur l'enfant, au motif que « la Cour d'appel n'avait pas à statuer sur ce droit qui appartient à tout parent n'exerçant pas l'autorité parentale, mais qui demeure titulaire de celle-ci ».

santé, sa sécurité et sa moralité[173]. Or le droit de surveillance implique le droit de surveiller les fréquentations de l'enfant[174].

63. Dans le souci d'assurer la protection de l'enfant, les parents titulaires de l'autorité parentale peuvent donc toujours interdire à leur enfant telle ou telle fréquentation. Il peut alors découler de cette interdiction une impossibilité purement pratique pour le mineur de voir le partenaire sexuel souhaité, au motif par exemple de sa mauvaise influence. Dans ces conditions, au titre de l'autorité parentale sur la personne mais non pas en qualité de représentants, les parents peuvent priver le mineur de sa liberté sexuelle.

64. Pourtant, si ce pouvoir est reconnu aux parents, il peut paraître délicat à mettre en œuvre. Les parents ne peuvent exercer au quotidien un contrôle permanent sur leur enfant et le mineur n'encourt aucune sanction s'il passe outre l'interdiction parentale. De même, faut-il laisser à la seule discrétion parentale la décision d'interdire à l'enfant de fréquenter tel ou tel de ses pairs, ou un contrôle est-il envisageable ? Une distinction doit être opérée. Le droit et devoir de surveillance conduit à reconnaître aux parents la possibilité d'interdire à leur enfant de fréquenter tel individu en particulier. Ils sont alors en principe seuls juges des moyens à mettre en œuvre pour répondre à l'intérêt de l'enfant. Cette prérogative ne doit cependant en aucun cas conduire à priver l'enfant de tout contact avec ses pairs. Ainsi, il ne peut être possible pour des parents d'interdire à leur enfant de 17 ans de fréquenter tous les jeunes de son âge. Une telle directive ne peut répondre à l'intérêt du mineur, qui peut être définie comme « la satisfaction de ses besoins affectifs »[175], et doit conduire à l'intervention du juge.

65. L'interdiction de fréquenter une personne en particulier peut également être remise en cause par le juge. En effet, aux termes du nouvel article 371-4 du Code civil[176], le juge aux affaires familiales peut, si tel est l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités de ses relations avec un tiers, parent ou non. La spécificité de cette nouvelle disposition tient désormais à la possibilité pour le juge de prendre sa décision sans qu'il soit besoin de

[173] Aux termes de l'article 371-1 du Code civil. En ce sens, voir H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, art. 37580, p. 959, spéc. p. 964 : « Désormais, l'autorité parentale se définit par ses fins et non par ses moyens ».
[174] Voir notamment H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, La famille*, T. 1, vol. 3, 7e éd. par L. Leveneur, Montchrestien, 1995, n° 1145, p. 561 ; J.-M. Lhuillier, *Aide sociale à l'enfance,* Berger-Levrault, Coll. Guide pratique, 7e éd., 2004, n° 167-168.
[175] J. H. Vergne, « L'intérêt de l'enfant sous la puissance paternelle et l'autorité parentale », Thèse Paris 2, 1973, p. 105.
[176] Envisagé semble-t-il surtout aujourd'hui pour les familles recomposées.

caractériser des circonstances exceptionnelles comme l'exigeait le législateur de 1970 dans l'ancien article 371-4 al. 2 du Code civil, expression appliquée alors surtout « aux personnes qui ont élevé les enfants ou qui ont entretenu dans la prime enfance avec eux des relations relativement proches »[177]. Cependant, cette procédure doit rester d'application très limitée. Elle ne semble d'ailleurs pas concerner l'hypothèse particulière dans laquelle l'interdiction de fréquentation répond à une volonté de brider la liberté sexuelle du mineur. En effet, il est difficile de penser qu'un juge peut décider qu'il répond à l'intérêt de l'enfant d'avoir des relations sexuelles. En d'autres termes, l'article 371-4 du Code civil n'est pas constitutif d'une autorisation judiciaire aux relations sexuelles avec une personne déterminée.

66. Ainsi, la mise en œuvre des prérogatives de l'autorité parentale peut en théorie limiter la liberté sexuelle reconnue aux mineurs. Mais en pratique, l'impossible permanence du contrôle parental et l'absence de sanction conduisent à laisser au mineur une certaine autonomie.

67. L'autonomie du mineur connaît cependant des nuances plus ou moins importantes en fonction de son âge. Il s'agit là de l'un des obstacles, existant en dehors du régime des incapacités, à l'exercice de sa liberté sexuelle.

§ 2. Les obstacles à la liberté sexuelle de l'incapable

68. Au-delà des inaptitudes physiques que peut connaître tout individu et en dehors du régime des incapacités, l'application de certaines dispositions limite indirectement la liberté sexuelle des mineurs et des majeurs sous tutelle ou curatelle. Il s'agit de véritables obstacles à leur sexualité et donc par suite à leur possibilité de procréer.

69. Deux types de mesures ont pour effet de restreindre l'activité sexuelle des mineurs et des majeurs incapables : celles relevant du droit pénal (A) et celles relevant du droit de l'aide et de l'action sociale dans le cas de l'hébergement de l'intéressé dans un établissement (B).

[177] C. Colombet, « Commentaires de la loi du 4 juin 1970 », *D.* 1971, chron. p. 1, spéc. N° 50.

A) Les obstacles à la liberté sexuelle tirés du droit pénal

70. En droit pénal, certaines caractéristiques de l'individu conduisent à rendre illicite ses relations sexuelles et à faire peser le risque d'une sanction sur son partenaire, dans un souci de protection des plus faibles. Si aucun texte ne prive expressément une catégorie de personnes, tels les mineurs ou les majeurs sous tutelle ou curatelle, de leur liberté sexuelle[178], ces obstacles peuvent cependant les concerner, en ce qu'ils ont les mêmes causes que les incapacités. Ces obstacles à la liberté sexuelle ont en effet pour cause le défaut de consentement (1) et l'âge (2).

1. Le défaut de consentement

71. D'une manière générale et en dehors de toute incapacité, la licéité des relations sexuelles passe par le respect de l'élément consensuel. Les partenaires doivent tous les deux consentir. Néanmoins, le défaut de consentement de l'un d'eux n'empêche pas *a priori* les relations. Il est toujours matériellement possible de passer outre le refus de l'autre, mais alors l'auteur de l'acte se rend coupable d'une infraction. Aussi la sanction pénale qui est attachée à cette violation de la loi a-t-elle pour objet et pour effet de limiter ces relations sexuelles sans consentement. Rendre illicite les relations sexuelles avec une personne qui n'a pas consenti conduit à limiter la liberté sexuelle de celle-ci. Lorsqu'un individu ne peut exprimer une volonté consciente, les dispositions pénales ont indirectement pour effet de restreindre son activité sexuelle, la sanction qui pèse *a posteriori* sur toute personne qui a eu avec lui des relations sexuelles ayant un effet dissuasif pour les tiers. Il s'agit là d'un obstacle indirect aux relations sexuelles, répondant à un souci de protection de l'individu contre toutes relations forcées.

72. Pour déterminer l'importance de ces obstacles, il faut tout d'abord préciser les conséquences du défaut de consentement effectivement constaté. Dans cette hypothèse, l'auteur de l'acte se rend coupable d'une infraction. Il peut s'agir d'un viol, s'il est commis avec violence, contrainte, menace ou surprise, puni de 15 ans de réclusion criminelle aux

[178] L'article 227-8 du Code pénal qui incrimine la soustraction de mineur, c'est-à-dire l'atteinte à l'exercice de l'autorité parentale par un tiers, peut cependant s'analyser comme un obstacle à la liberté sexuelle propre au mineur, puisqu'il limite les relations de l'enfant mineur avec les tiers, mineurs ou non. Voir en ce sens J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, Imprimerie La Mouette, Collection de thèse Doctorat et Notariat, 2002, n° 159. Il faut y voir la conséquence des prérogatives reconnues aux père et mère au titre de l'autorité parentale. *Cf. supra* § 62.

termes de l'article 222-23 du Code pénal, ou d'autres agressions sans pénétration, prévues aux articles 222-27 du Code pénal et punies de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Le défaut de consentement est ici un élément constitutif de l'infraction. La Cour de cassation a d'ailleurs énoncé que le viol est « juridiquement constitué dès lors que son auteur, même en l'absence de violence, réussit (…) à atteindre le but qu'il s'est proposé en dehors de toute volonté de la victime »[179]. Il s'agissait en l'espèce d'une victime âgée de 16 ans, arriérée mentale et atteinte d'une débilité profonde. De plus, il convient de remarquer la possible application de circonstances aggravantes au titre de la particulière vulnérabilité de la victime, due à l'âge[180], à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique[181]. Ce type d'altération affectant la personne correspond aux causes de l'incapacité civile des majeurs au sens de l'article 490 du Code civil[182]. Dans ces conditions, la cause de l'incapacité civile est également une cause d'aggravation de la sanction pesant sur l'individu ayant des relations sexuelles avec un majeur protégé. Par suite, elle peut s'analyser comme la cause des restrictions apportées à la vie sexuelle des majeurs sous tutelle ou curatelle de par l'effet dissuasif de la sanction pour les tiers. Autrement dit, si la tutelle et la curatelle sont sans effet direct sur la liberté sexuelle, la cause d'ouverture d'un régime de protection, à savoir l'altération des facultés, est également une cause d'absence de consentement aux relations permettant de caractériser une infraction. La protection est ici assurée certes en dehors du régime des incapacités, mais pour la même cause.

73. Ensuite, il est nécessaire d'étudier les moyens de rapporter la preuve de ce défaut de consentement. Il est possible de s'interroger sur les conséquences de la présomption d'absence de consentement qui pèse sur les mineurs et majeurs incapables. En d'autres termes, si cet obstacle à la liberté sexuelle tiré du droit pénal peut avoir la même cause que les incapacités civiles, reste à déterminer s'il en partage le caractère présomptif. En ce cas, l'incapacité de la victime permettrait de caractériser automatiquement l'infraction. Il convient alors de distinguer le mineur et le majeur incapable.

[179] Cass. 1re civ., 6 nov. 1961 : *D.* 1961, jurisp. p. 733, note G. Holleaux.
[180] L'âge se comprend ici comme un âge avancé. Pour une infraction sur mineur, *cf. infra* § 78 s.
[181] Dans ce cas, le viol est puni aux termes de l'article 222-24- 3e du Code pénal de 20 ans de réclusion criminelle et les autres agressions sexuelles sont punies de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende aux termes de l'article 222-29-2e du Code pénal.
[182] Pour une illustration, où la débilité cause de la tutelle a été vérifiée pour retenir la circonstance aggravante de vulnérabilité : Cass. crim., 30 juin 1993, Juris-Data n° 002115.

74. La situation du majeur incapable n'est pas spécifiquement envisagée par le droit pénal[183]. Aucune infraction ne sanctionne un individu au motif que son partenaire est sous tutelle ou curatelle. Aucun obstacle à la liberté sexuelle tiré du droit pénal n'est donc justifié par l'incapacité civile de l'intéressé majeur. De plus, la présomption d'absence de consentement, même celle de l'article 502 du Code civil, ne saurait concerner les relations sexuelles : il s'agit d'un fait juridique, pour lequel la volonté n'est pas une condition de validité mais seulement de licéité. Ainsi, la preuve du défaut de consentement rendant illicite l'acte sexuel doit être rapportée pour chaque individu en particulier. Son placement préalable sous un régime civil de protection ne dispense pas de cette preuve.

75. Pour le mineur, la présomption d'absence de consentement aux relations sexuelles va s'exprimer à travers la fixation d'un seuil d'âge. Ce seuil, fixé à 15 ans, constitue en lui-même un obstacle à la liberté sexuelle et se rapproche du caractère présomptif des incapacités civiles.

2. L'âge

76. Deux arguments permettent d'affirmer que la jeunesse d'un individu peut être constitutive d'un obstacle à sa liberté sexuelle.

77. Le premier argument est d'évidence. En dessous de l'âge nubile, l'individu ne dispose tout simplement pas de l'aptitude physique nécessaire. Ce n'est pourtant ici pas l'âge en lui-même et en tant que tel qui empêche la procréation. Ce sont des facteurs purement biologiques, liés à l'absence de puberté. Le jeune âge de l'individu n'est alors qu'un moyen de présumer l'inaptitude. Sur ce point, la cause de l'obstacle à la liberté sexuelle n'a rien de

[183] De même, sa place dans le procès pénal n'est pas précisée par le législateur. Voir sur ce point l'arrêt de la Cour EDH du 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *D.* 2002, jurisp. p. 353, note A. Gouttenoire-Cornut et E. Rubi-Cavagna ; *RTD civ.* 2001, n° 5, p. 330, obs. J. Hauser et n° 1, p. 439, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* G 2001, II, 10526, note L. Di Raimondo. Le prévenu poursuivi pour attouchement sexuel sur mineur avait été placé en cours de procédure sous curatelle, son fils étant désigné curateur et cette nomination ayant été transmise pour avis au procureur de la République. La France a été condamnée par la Cour pour violation de l'article 6 au motif que le curateur n'a pas été averti des développements de la procédure. Pour la Cour européenne, « des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte » (§ 60) et elle ne voit pas « en quoi et pourquoi un individu inapte à défendre ses intérêts civils et bénéficiant d'une assistance à cet effet ne disposerait pas également d'une assistance pour se défendre contre une accusation pénale dirigée contre lui » (§ 62). Voir sur ce point « Les majeurs protégés, parties au procès pénal », Mission de recherche Droit et Justice, OMIJ, par J.-P. Margénaud, J.-M. Plazy et D. Roets, novembre 2003.

commun avec les incapacités. Ce sont des éléments purement physiques, sans rapport avec la volonté.

78. Le second argument mérite de plus amples développements. L'âge en lui-même peut être constitutif d'un obstacle à la liberté sexuelle. En dessous d'un certain âge fixé par le législateur, l'individu est présumé ne pas pouvoir consentir aux relations sexuelles. Il s'agit là de l'idée de « majorité sexuelle ». En effet, l'existence d'un seuil d'âge en matière de relations sexuelles peut être relevée dans différents textes. Reste à caractériser ce seuil. En ce sens, il est possible de faire référence à plusieurs dispositions pénales ayant pour objet de sanctionner l'individu qui a des relations sexuelles avec un mineur de 15 ans. Aux termes des articles 227-25 et suivants du Code pénal, la « majorité sexuelle » peut ainsi aujourd'hui être fixée à 15 ans. Inexistant de 1791 à 1832, ce seuil était fixé à 11 ans en 1832, à 13 ans en 1863. Ce n'est qu'en 1945 qu'on le fixa à 15 ans[184].

79. Ainsi, en droit pénal, l'âge limite la vie sexuelle du mineur de différentes manières. L'âge peut d'une part jouer un rôle comme circonstance aggravante d'une infraction sexuelle, ayant pour objet de renforcer l'effet dissuasif pour les auteurs potentiels. Notamment, aux termes de l'article 222-24 du Code pénal, en matière de viol, lorsque la victime est un mineur de 15 ans, l'auteur encourt une peine de réclusion criminelle de 20 ans au lieu de 15 ans. La circonstance aggravante existe aussi pour les agressions sexuelles autres que le viol, c'est-à-dire pour tout acte impudique autre qu'une pénétration, tel qu'un attouchement par exemple : aux termes de l'article 222-29 du Code pénal, l'auteur d'une telle infraction encourt une peine de 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque la victime a moins de 15 ans ou est une personne vulnérable, au lieu de 5 ans et 75 000 euros.

80. L'âge peut d'autre part et surtout être un élément constitutif de l'infraction. L'interdiction faite aux majeurs d'avoir des relations sexuelles avec un mineur de 15 ans au risque de se rendre coupable d'une infraction restreint alors indirectement le choix de ses partenaires sexuels pour le mineur et donc apporte une limite à sa vie sexuelle. C'est ainsi que l'article 227-25 du Code pénal incrimine les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ou surprise commises par un majeur sur un mineur de 15 ans. L'auteur d'une telle infraction encourt une peine d'emprisonnement de 5 ans et 75 000 euros d'amende. De plus,

[184] Voir sur ce point J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993, n° 484, p. 195 et note 70.

la peine est portée à 10 ans et 150 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise par un ascendant ou une personne ayant autorité[185]. L'idée de majorité sexuelle apparaît ici nettement. L'acte sexuel incriminé n'a pas été obtenu par violence, contrainte, menace ou surprise, ce qui suppose qu'un consentement a été exprimé. Dans cette hypothèse, l'existence d'une infraction est la conséquence de la présomption de défaut de consentement qui pèse sur le mineur de 15 ans : en dessous de ce seuil, il n'est pas possible de démontrer le consentement de l'intéressé à l'acte sexuel. Tout majeur ayant une relation sexuelle avec un mineur de 15 ans se rend donc coupable d'une infraction. Au-delà de 15 ans, le mineur peut consentir à un acte sexuel : les atteintes qu'il subit sans violence, menace, contrainte ou surprise ne sont punies de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende uniquement lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou une personne abusant de son autorité[186].

81. Deux remarques s'imposent sur ces dispositions assurant la protection des mineurs de 15 ans contre les tiers plus âgés. Tout d'abord, une incohérence peut être relevée entre l'article 227-25 du Code pénal relatif aux atteintes sexuelles sans violence sur une mineure de 15 ans et l'article 145 du Code civil, qui prévoit la possibilité du mariage avant 15 ans sur dispense du procureur de la République[187]. Dans l'hypothèse où un homme majeur épouse une femme mineure de 15 ans, il se rendra coupable de l'infraction prévue par l'article 227-25 du Code pénal pendant le mariage et ce tant que son épouse aura moins de 15 ans, sauf à ne pas respecter son obligation de communauté de lit. De plus, les dérogations d'âge pour se marier étant le plus souvent accordées pour cause de grossesse, le futur mari reconnaît implicitement avoir commis une atteinte sexuelle. Il faut y voir la marque du danger des seuils arbitraires pour déterminer l'existence du consentement en matière de relations sexuelles. Une solution simple peut cependant être adoptée[188]. Il suffit de compléter l'article 227-25 du Code

[185] Article 227-26 du Code pénal.
[186] Article 227-27 du Code pénal.
[187] Voir sur ce point H. Gal, « Les dispenses d'âge fondées sur l'état de grossesse de la future épouse et le nouvel article 331 du Code pénal » : *JCP* 1948, I, 687. Cette difficulté est appelée à disparaître : une réforme vise à harmoniser l'âge minimal du mariage pour l'homme et la femme, en le fixant à 18 ans. Voir la proposition de loi n° 62 tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples, adoptée par le Sénat en seconde lecture le 24 janvier 2006 et par l'Assemblée nationale le 21 février 2006, renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale.
[188] H. Gal, préc., propose de revenir à l'ancien article 331 du Code pénal, qui ne retenait l'attentat à la pudeur sans violence que sur la personne de l'enfant de moins de 13 ans. Cette solution a pour défaut de ne plus répondre à la nécessaire protection des mineurs de 15 ans. Rien ne justifie la diminution de ce seuil.

pénal en excluant de l'incrimination l'hypothèse dans laquelle la femme a obtenu une dispense d'âge pour contracter mariage avec son partenaire[189].

82. Ensuite, il faut constater que les articles 227-25 et 227-26 du Code pénal ne concernent que l'auteur majeur. Ainsi toute personne ayant autorité, mineur comme majeur, peut se rendre coupable d'une atteinte sur mineur de plus de 15 ans[190], alors que seul un majeur, qu'il ait ou non autorité, peut commettre la même infraction sur un mineur de 15 ans. A titre d'exemple, un grand-frère de 17 ans exerçant une certaine autorité sur ses frères et sœurs plus jeunes est condamnable pour des atteintes sexuelles commises envers ceux de plus de 15 ans mais reste impuni pour celles commises envers les plus jeunes[191]. De nouveau, une solution simple paraît s'imposer. Il suffit de compléter l'énumération des circonstances aggravantes de l'actuel article 227-6 du Code pénal, en précisant qu'elles s'appliquent indifféremment aux auteurs mineurs et majeurs. Cette solution a pour avantage de ne pas porter atteinte à la liberté sexuelle du mineur implictement consacrée par l'article 227-7, dans la mesure où les relations consenties entre mineurs ne sont pas sanctionnés, tout en le protégeant des abus de toute personne ayant autorité, quel que soit l'âge de l'auteur et de la victime.

83. Ainsi, l'âge est un obstacle au moins partiel à la liberté sexuelle. Le mineur de 15 ans ne peut jamais consentir aux relations sexuelles avec un majeur[192]. La fixation de ce seuil est tirée du *plerumque fit* : le plus grand nombre des mineurs de 15 ans ne disposent pas de l'aptitude à comprendre la portée de leurs actes, et par suite ne peuvent librement donner leur consentement aux relations sexuelles. Mais l'ensemble de ces dispositions pénales n'a cependant pas pour objet d'interdire toutes relations sexuelles au mineur de 15 ans. En effet, aucune infraction ne vient sanctionner les relations des mineurs entre eux, sauf à caractériser l'ascendance, l'autorité, la violence, la menace ou la surprise[193]. L'obstacle à sa liberté sexuelle que connaît le mineur de 15 ans en raison de son âge n'est que partiel et porte sur le

[189] Cette solution pose néanmoins une autre difficulté : la recherche du consentement au mariage par la mineure de 15 ans. Il est alors impératif de vérifier que le consentement exprimé est libre et éclairé.
[190] Aux termes de l'article 227-27 du Code pénal.
[191] Exemple cité par R. Nérac-Croisier, in *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, 1997, p. 27.
[192] Et pour les relations entre mineurs, voir Cass. crim., 1er mars 1995 : *Bull. crim.*, n° 92, p. 230, qui considère qu'à 10 ans ½ et à 13 ans, deux enfants « ne peuvent faire preuve de facultés de discernement en matière de sexualité ».
[193] Eléments que l'âge peut suffir à constater. Voir Cass. crim., 11 juin 1992 : *Bull. crim.*, n° 228, qui retient le viol lorsque la victime est si jeune (12 ans) qu'elle ne peut comprendre la notion de sexualité et la nature des actes qui lui sont imposés.

choix de son partenaire. De plus, il se limite à rendre illicite l'acte sexuel, sans pouvoir évidemment l'empêcher. Dans tous les cas, l'idée de « majorité sexuelle » répond à un souci de protection des plus jeunes, en dehors du régime des incapacités.

84. En droit pénal, les obstacles à la liberté sexuelle peuvent donc avoir les mêmes causes que les incapacités civiles. Il s'agit d'assurer la protection des plus faibles contre les tiers, au risque de porter atteinte au principe selon lequel tout individu, même incapable, peut librement avoir des relations sexuelles et par suite procréer. Les obstacles que peuvent rencontrer les personnes incapables au libre exercice de leur sexualité ne se limitent cependant pas au droit pénal. Ils sont encore plus importants en droit de l'aide et de l'action sociale, lorsque l'intéressé est hébergé dans un établissement.

B) Les obstacles à la liberté sexuelle tirés du droit de l'aide et de l'action sociale

85. Plus que du droit de l'aide et de l'action sociale en général, c'est de la vie en établissement et des règles qui la régissent que peuvent être tirés les obstacles à la liberté sexuelle. De par sa fragilité, un mineur ou un majeur sous tutelle ou curatelle peut en effet faire l'objet d'un hébergement en établissement social, médico-social ou psychiatrique, et ce parfois durant toute sa vie[194]. Or il apparaît dans ces différents cas que l'individu peut se voir priver de la possibilité d'avoir des relations sexuelles et donc de procréer. Cependant, ces obstacles ne relèvent pas du régime des incapacités. Ils répondent seulement au souci de protection des usagers de l'établissement, dont font partie de nombreux incapables.

86. La difficulté se rencontre essentiellement pour les institutions sociales ou médico-sociales[195]. En effet, il s'agit de lieux de soins mais aussi de vie, à la différence de l'hôpital psychiatrique qui se limite à donner des soins. La prohibition par le règlement intérieur des relations sexuelles dans ces établissements de soins peut trouver sa place dans une logique curative. Néanmoins, en pratique, des relations sexuelles entre usagers ont lieu[196], conduisant à étendre aux hôpitaux la réflexion développée pour les institutions sociales et médico-

[194] L'hypothèse particulière de la sexualité dans les établissements scolaires fera l'objet de développements ultérieurs, dans le cadre des difficultés relatives à la contraception, dans la mesure où c'est essentiellement en cette matière que le droit positif traite de ce problème. Cf. *infra* Section § 167 s.

[195] Maison de retraite, logement-foyer, établissement d'éducation spéciale, maison d'accueil spécialisée, foyers…

[196] Voir V. Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 959 et les références citées.

sociales. Il apparaît alors que si les obstacles à la liberté sexuelle assurent la protection des mineurs et des majeurs sous tutelle ou curatelle lorsqu'ils sont hébergés par ces établissements, ils s'éloignent du régime des incapacités aussi bien au niveau de leur fondement (1) que de leur justification (2).

1. Le fondement des obstacles à la sexualité en établissement

87. Le fondement des obstacles à la sexualité en établissement social ou médico-social réside dans le règlement de fonctionnement « qui définit les droits de la personne accueillie et les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective au sein de l'établissement ou du service »[197]. Il s'agit de protéger les personnes hébergées et d'assurer le bon fonctionnement de l'établissement. Tout usager, incapable ou non, peut ainsi voir sa liberté sexuelle restreinte, dans la limite du respect de sa vie privée et de son intimité, garanti par l'article L. 311-3-1^{e} du Code de l'action sociale et des familles. S'il ne peut y avoir d'interdiction expresse de toutes relations sexuelles au sein de l'établissement (a), un résultat identique peut être implicitement déduit d'autres dispositions du règlement de fonctionnement (b).

a) L'interdiction prévue expressément dans le règlement de fonctionnement

88. Il faut d'emblée rejeter la possibilité d'insérer dans le règlement de fonctionnement une clause prohibant toutes relations sexuelles au sein de l'établissement social ou médico-social. Ce serait porter une atteinte disproportionnée à la liberté sexuelle des usagers[198]. D'ailleurs, plusieurs circulaires énoncent que l'usager d'un établissement est

[197] Article L. 311-7 du Code de l'action sociale et des familles.
[198] Voir M. Levy, « L'adulte handicapé mental en établissement social : l'institution et la personne » : *RD sanit. Soc.* 1989, p. 16, spéc. p. 30 ; J.-M. Lhuillier, « Le règlement de fonctionnement », *RD sanit. Soc.* 2004, p. 795, spéc. p. 802. En ce sens également, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 957.

titulaire d'un « droit à la sexualité et à l'éducation sexuelle »[199]. C'est pourtant de telles clauses qui ont été mises en place dans de nombreuses institutions[200].

89. Il est vrai que le règlement de fonctionnement, comme le règlement intérieur[201], « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »[202]. Dans ces conditions, une telle clause serait possible si elle était justifiée par l'obligation de l'établissement d'assurer la sécurité des usagers. Mais rapidement, cet argument doit être écarté, dans la mesure où une clause prohibant toutes relations sexuelles au sein d'un établissement prive le consentement des usagers de tout effet, sans qu'aucun argument ne puisse justifier l'interdiction de consentir à des relations sexuelles faite à un individu qui exprime une volonté consciente, libre et éclairée. Par une telle clause, le règlement de fonctionnement poserait une présomption d'inaptitude en matière sexuelle, sans que cette atteinte au principe de liberté soit justifiée.

90. Dans le même sens, l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles pose en principe que « l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux », puis précise en son 1° que doit notamment être assuré à l'usager « le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité ». De nouveau, une opposition entre la sécurité de l'usager et l'exercice de sa liberté sexuelle peut voir le jour. La difficulté est cependant ici accrue, en ce que la sécurité et l'intimité ou la vie privée, auxquelles peut être rattachée la sexualité, mises à la charge des établissements, ne sont pas hiérarchisées et semblent avoir la même importance.

---

[199] Comme le rappelle pour les personnes handicapées la circulaire n° 96-743 du 10 décembre 1996 « relative à la prévention de l'infection à V.I.H. dans les établissements et services accueillant des personnes handicapées mentales », publiée au Bulletin officiel du ministère des affaires sociales, de la ville et de l'intégration, n° 3 du 19 février 1997 ; et pour les établissements scolaires la circulaire n° 98-234 du 19 novembre 1998 relative à l'éducation à la sexualité et prévention du sida, publiée au Bulletin officiel du ministère de l'éducation nationale, n° 46 du 10 décembre 1998, p. 2631.

[200] *Cf.* J-Y. Nau, « Une étude dénonce la confiscation de la sexualité des handicapés mentaux », Le Monde, 16 février 1998, p. 8. Voir également M. Badel, « La participation de l'usager », *RD sanit. Soc.* 2004, p. 804, spéc. p. 816 et notes 50 et 51.

[201] Sur cette terminologie de règlement intérieur et de règlement de fonctionnement, J.-M. Lhuillier, « Libertés individuelles et règlement de fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux » : *RD sanit. Soc.* 1999, p. 811.

[202] Article L. 122-35 du Code du travail.

91. La résolution du conflit entre la liberté sexuelle et la sécurité des usagers dépasse alors les seules dispositions du règlement de fonctionnement. Il faut se référer aux caractères même de la liberté sexuelle. Si aucune prohibition générale ne peut être posée expressément, c'est parce que le principe de liberté s'autolimite, dans la mesure où l'exercice par un individu de sa liberté d'avoir des relations sexuelles s'arrête là où commence la liberté des autres de ne pas en avoir.

92. Si les prohibitions expresses doivent être rejetées, il apparaît cependant que le règlement de fonctionnement peut restreindre indirectement cette liberté sexuelle, au point même de rendre parfois impossible toutes relations.

b) L'interdiction implicite déduite de l'application du règlement de fonctionnement

93. Sans empêcher expressément les usagers d'avoir des relations sexuelles, l'application de certaines dispositions du règlement de fonctionnement peut conduire à un résultat équivalent.

94. Tel est le cas du refus de la mixité en dehors des lieux collectifs. Une telle clause répond sans nul doute à un souci de gestion de l'établissement, respectueuse de la vie privée et de l'intimité des usagers. Ce principe est d'ailleurs posé dans les annexes XXIV[203] relatives aux établissements et services prenant en charge des enfants et adolescents présentant des déficiences intellectuelles, ou inadaptés[204], ou présentant une déficience motrice[205], ou polyhandicapés[206]. Ces textes disposent en effet que « dans les établissements mixtes, les enfants de chaque sexe ont des chambres différentes à partir de l'âge de 6 ans »[207]. L'absence de mixité en dehors des lieux collectifs est donc peu propice aux relations intimes entre personnes de sexes opposés[208].

95. Tel est également le cas des restrictions à la liberté d'aller et venir, apportées par la limitation des déplacements de l'usager, par exemple lorsqu'il lui est interdit de sortir d'un

[203] Décret n° 89-798 du 27 octobre 1989.
[204] Annexe XXIV.
[205] Annexe XXIV bis.
[206] Annexe XXIV ter.
[207] Article 16 annexe XXIV, et par renvoi article 22 annexe XXIV bis et 16 annexe XXIV ter.
[208] Il est alors possible de parler de sexualité cachée, de sexualité de couloir ; *cf.* J.-Y. Nau, *Le Monde* du 16 février 1998, p. 8.

quartier déterminé sans être accompagné par un membre du personnel de l'établissement. Souvent voire toujours prévu par les règlements de fonctionnement, ce type de restriction affecte indirectement la liberté sexuelle de l'usager. Si elle n'empêche pas toutes relations sexuelles, elle limite fortement le choix du partenaire.

96. Tel est enfin le cas des restrictions relatives au droit de visite de l'usager. L'atteinte à la liberté sexuelle est ici plus importante, dans la mesure où elle va s'appliquer aussi à un tiers non usager de l'établissement. A titre d'exemple, le problème peut se poser pour le conjoint de la personne hébergée. C'est pourquoi le droit de recevoir des visites est plus particulièrement protégé[209]. Un refus à la demande de visite ne peut être opposé que pour des motifs d'ordre public, médicaux ou thérapeutiques, ou parce que l'usager lui-même refuse la visite[210]. Un refus non justifié par un tel motif ou par le règlement intérieur doit être sanctionné[211]. Ainsi, les atteintes au droit de visite sont extrêmement limitées. Mais l'établissement reste libre de choisir les modalités d'exercice de ce droit de visite, et peut ainsi exiger la présence d'un membre du personnel, rendant toute intimité impossible.

97. Il est donc possible d'affirmer que si, en matière de vie sexuelle, le règlement de fonctionnement « ne doit pas régenter les désirs et les fantasmes du handicapé, pas davantage du reste que ceux de quiconque (…), il lui appartient de préciser les limites de leur mise en acte dans la collectivité, donc de prendre parti sur le droit de visite, sur les manifestations collectives à l'intérieur de l'établissement, sur les absences de celui-ci, voire sur des questions aussi délicates que l'aide à la contraception ou le droit à l'I.V.G. reconnu par la loi »[212].

---

[209] Tel est par exemple l'objet d'une circulaire du 17 juillet 1978 relative aux horaires de visite. Dans le même sens, la commission des clauses abusives, dans sa recommandation n° 85-03 du 5 juillet 1985, a considéré qu'il est légitime et nécessaire que les personnes âgées hébergées dans des établissements spécifiques conservent des possibilités de vie sociale aussi étendue que possible et puissent par conséquent y recevoir des visites avec le minimum de restriction.

[210] *Cf.* TGI Paris, 28 février 1997 : *Gaz. Pal.* 30 avril et 1er mai 1997, p. 24. Un juge des tutelles ne peut limiter le droit du majeur hospitalisé d'être visité par son épouse sans porter atteinte au droit de chacun au respect de sa vie privée et aux obligations personnelles découlant du mariage.

[211] En ce sens, voir TA Versailles, 12 mars 1998, M. Seïdel c/ C.H. de Perray-Vaucluse : *RD sanit. Soc.* 1998, p. 830, obs. J.-M. De Forges, qui a condamné un établissement d'hospitalisation libre, sur le fondement de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, à verser à un oncle une indemnité de 50 000 francs en réparation du préjudice moral qu'il a subi pendant huit ans à cause de l'interdiction de rendre visite à son neveu hospitalisé dans un hôpital psychiatrique.

[212] M. J. Levy, « L'adulte handicapé mental en établissement social : l'institution et la personne » : *RD sanit. Soc.* 1989, p. 16, spéc. p. 27.

98. Lorsqu'il est hébergé dans un établissement, le mineur ou le majeur incapable peut donc voir sa liberté sexuelle indirectement limitée, et ce dans le souci d'assurer sa protection, mais en dehors du régime des incapacités.

99. Eloignés du régime des incapacités quant à leur fondement, les obstacles à la liberté sexuelle tirés de la vie en établissement le sont également quant à leur justification. Plus que la faiblesse de l'individu, c'est en effet le risque de responsabilité pesant sur l'établissement qui joue un rôle déterminant.

2. La justification des obstacles à la sexualité en établissement

100. La cause des restrictions à la liberté sexuelle tirées du règlement de fonctionnement répond certes à un souci de protection des usagers dans le cadre de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'établissement, mais elle tient aussi, voire surtout, à la volonté des établissements d'éviter la mise en jeu de leur responsabilité. En effet, en l'absence de consentement, les relations sexuelles vont s'analyser comme un préjudice pour un usager, et la personne ou l'institution chargée d'assurer sa sécurité peut se le voir reprocher. Or il apparaît, au moins pour les handicapés, que la jurisprudence caractérise facilement le préjudice causé par une relation sexuelle[213]. Ainsi, la responsabilité est au cœur du problème de la liberté sexuelle en établissement[214]. Elle peut être pénale (a), mais aussi civile ou administrative selon la nature de l'établissement (b).

a) La responsabilité pénale

101. La responsabilité pénale pèse bien sûr d'abord sur l'auteur d'une infraction intentionnelle. C'est ainsi que l'éducateur qui commet un acte de violence ou des abus sexuels sur l'usager d'un établissement est pénalement responsable de son acte. La peine encourue sera même aggravée au regard de la vulnérabilité de la victime, caractérisée par l'âge, la maladie, l'infirmité et la déficience physique ou psychique.

---

[213] Voir notamment pour une mineure handicapée Cass. 2e civ., 24 janvier 1996 : *Petites affiches* n° 72 du 14 juin 1996, p. 28, note Annick Batteur ; *RD sanit. Soc.* 1997, p. 133, note J.-M. Lhuillier.

[214] Voir pour une étude d'ensemble, S. Hennion-Moreau, « Responsabilité civile et pénale du handicapé et des personnes qui l'encadrent », *RD sanit. Soc.* 1998, p. 180.

102. Une difficulté peut se rencontrer lorsque l'auteur d'une telle infraction est un autre usager de l'établissement, dont les facultés mentales sont altérées. En ce cas, il est possible d'appliquer l'article 122-1 du Code pénal, qui énonce que « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ». Si le trouble a seulement altéré le discernement ou entravé le contrôle de ses actes, ces derniers demeurent punissables mais « la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ». Cette disposition peut concerner une personne incapable dans la mesure où la cause de l'irresponsabilité pénale peut correspondre à la cause de l'incapacité civile, mais sans aucun automatisme.

103. Il peut ensuite s'agir d'une infraction non intentionnelle. Notamment, aux termes de l'article 121-3 du nouveau Code pénal[215], le directeur d'établissement pourra être responsable en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il n'a pas accompli les diligences normales au regard de ses pouvoirs et de sa fonction. Il pourra même être responsable sans être l'auteur direct du dommage, s'il a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage par sa violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou par une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité. De même, depuis le nouveau Code pénal, les personnes morales, c'est-à-dire l'établissement ou l'association gestionnaire, peuvent voir engager leur responsabilité pénale. Il s'agit surtout de violations des règles d'hygiène et de sécurité du travail[216]. Plus généralement, depuis la loi du 17 juillet 1970, l'intimité de la vie privée est protégée par le droit civil[217] et par le droit pénal[218]. C'est ainsi que les atteintes à l'intégrité physique comme au secret professionnel permettent d'engager la responsabilité pénale du personnel de l'établissement à l'égard des usagers. Ainsi, pour éviter de telles sanctions, le directeur d'établissement a intérêt à prendre des mesures préventives, notamment dans les règlements d'établissement, afin d'assurer la protection des usagers, au risque de limiter leur liberté sexuelle. De nouveau, la frontière entre la sécurité de l'usager et sa liberté sexuelle paraît délicate à tracer.

[215] Modifié par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.
[216] Article L. 263-2 du Code du travail.
[217] Article 9 du Code civil.
[218] Article 226-1 et suivant du nouveau Code pénal.

104. La jurisprudence s'est parfois montrée très sévère envers les membres du personnel. Ainsi, la Cour d'appel de Nantes, le 6 avril 1976[219], a condamné pénalement certaines méthodes éducatives. Elle énonce que « l'éducateur qui, ayant organisé un week-end mixte à la campagne avec de jeunes adolescents, a incité des mineurs à la débauche, au motif que les relations sexuelles de jeunes constituent un acte de débauche et de corruption de la jeunesse, et que la fourniture de préservatifs à des mineurs, même dans le but d'éviter les conséquences dramatiques de leurs relations, constitue une fourniture de moyens ». Il semble que la jurisprudence se prononcerait aujourd'hui différemment. Mais cette espèce laisse apparaître les risques d'une interprétation divergente des faits par les travailleurs sociaux et les magistrats. Une telle difficulté peut notamment se présenter pour apprécier le consentement exprimé par des mineurs handicapés pour avoir des relations sexuelles entre eux.

105. Le risque de responsabilité pénale conduit ainsi parfois les établissements à faire obstacle aux relations sexuelles de leurs usagers. Pour autant, ce risque ne suffit pas à lui seul à justifier l'importance des obstacles rencontrés en pratique. La possible mise en jeu de la responsabilité civile ou administrative des établissements joue également un rôle important.

b) La responsabilité civile et administrative des établissements

106. Dans ce domaine, il convient de faire appel à une autre distinction. En effet, aux termes de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux établissements sociaux et médico-sociaux, ceux-ci peuvent être publics ou privés. Les premiers verront en principe leur responsabilité engagée devant les juridictions administratives (α), les seconds devant les juridictions judiciaires (β).

α) La responsabilité des établissements publics

107. Le principe de la responsabilité de l'Etat pour la faute d'un agent a été posé par l'arrêt Blanco, le 8 février 1873[220]. Dans ce domaine, il convient de distinguer la faute de

[219] Cité par J.-M. Lhuillier, « La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux », ENSP, 3e éd., 2004, n° 264 et note 1 p. 194.
[220] Trib. des conflits, 8 février 1873 : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n° 1, p. 1.

service et la faute personnelle. Cette distinction, effectuée par le Tribunal des conflits[221], permet de connaître le juge compétent. Ainsi, la faute personnelle d'un membre du personnel, qui engage la responsabilité de l'agent et non celle de l'administration, est toujours portée devant les juridictions judiciaires si elle est dénuée de tout lien avec le service. A l'inverse, la faute de service engage la responsabilité de l'établissement devant le juge administratif[222]. Il peut en être de même de la faute personnelle non dénuée de tout lien avec le service, mais alors l'administration dispose d'une action récursoire contre l'agent.

108. La faute personnelle dénuée de tout lien avec le service est rarement caractérisée[223]. Un manquement délibéré à des obligations professionnelles ou déontologiques, tel le non-respect des prescriptions du règlement de fonctionnement relatives à la mixité et aux allées et venues des usagers au sein de l'établissement, ayant eu pour conséquence des relations sexuelles imposées à un pensionnaire par un autre, n'est pas dénué de tout lien avec le service et peut donc conduire à intenter l'action devant les tribunaux administratifs. Seule l'hypothèse de relations sexuelles imposées par un membre du personnel à un usager de l'établissement, mais en dehors de l'établissement, semble répondre aux critères de cette faute.

109. La faute de service est plus souvent retenue. Confronté au problème de la surveillance des usagers dans l'établissement, le juge s'assure de la proportionnalité entre les moyens mis en œuvre et le danger que la personne peut faire subir à des tiers ou à elle-même[224]. Il analyse les conditions d'exécution du service public avant la réalisation de l'acte en cause, permettant ainsi d'écarter la responsabilité en cas d'imprévisibilité des faits et/ou de normalité des circonstances entourant celui-ci. De telles conditions expliquent que les relations sexuelles s'étant produites entre usagers n'ont pas à elles seules pour conséquence

[221] Trib. des conflits, Pelletier, 30 juillet 1873 : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n° 2, p. 8.
[222] Précisons ici que cette dernière notion est entendue largement dans un souci de protection du fonctionnaire – qui voit la responsabilité de l'Etat se substituer à la sienne – et dans l'intérêt de la victime, l'Etat étant plus solvable qu'un particulier. Le critère de distinction, au départ très simple, a été élargi. Ainsi, si la faute personnelle peut être définie comme un fait traduisant une intention malveillante ou une faute lourde et la faute de service comme étant plus proche de l'erreur d'une mauvaise organisation (P. Calloch, *La responsabilité des établissements sanitaires et sociaux*, TSA éditions, 2e éd., 2000, n° 82, p. 98), le Conseil d'Etat a estimé possible le cumul de ces responsabilités (CE, Lemonnier, 26 juillet 1918 : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* n° 33, p.201), permettant les actions récursoires de l'agent public ou de l'Etat. La faute personnelle de l'éducateur pourra donc être portée aussi bien devant le juge judiciaire que devant le juge administratif, à condition de ne pas être dénuée de tout lien avec le service.
[223] Voir CE, 12 mars 1975, Pothier : *Rec. CE*, p. 190
[224] *Cf.* CE, 27 octobre 1965, Dpt du Doubs c/ Compagnie d'assurances générales contre les incendies et les explosions : *RD sanit. Soc.* 1966, concl. G. Braibant, p. 70.

de caractériser une faute de service. Le choix de la mixité ne peut suffire à rendre prévisible une atteinte sexuelle.

110. La difficulté à rapporter la preuve d'une faute de surveillance varie avec le type d'usager, en particulier pour déterminer s'il nécessitait une surveillance renforcée. A titre d'exemple, dans le domaine judiciaire, la jurisprudence estime que l'enfant en difficulté ne doit pas obligatoirement donner lieu à une surveillance particulière. N'est donc pas constitutif d'une faute de service le fait de ne pas mettre en place un contrôle particulier de ces mineurs. Néanmoins sur ce point, il convient de faire référence aux annexes XXIV, qui énoncent que la surveillance de l'enfant est une priorité[225]. Ainsi, « dans le cadre du projet pédagogique, éducatif et thérapeutique, les enfants ou adolescents demeurent sous le contrôle du personnel de l'établissement. Un registre de présence est tenu quotidiennement sous la responsabilité du directeur. Dans le cas d'un établissement fonctionnant en internat, une surveillance de nuit est organisée ». La faute de surveillance est alors souvent celle d'un membre du personnel, en violation de ses obligations professionnelles, ou une faute d'organisation de l'établissement. Dans tous les cas, l'appréciation doit se faire *in concreto*, en fonction de la situation de l'enfant ou du handicap de l'individu, et non au regard de son incapacité civile.

111. Ainsi, la responsabilité administrative de l'établissement public peut être engagée lorsqu'un de ses usagers a été victime d'une atteinte sexuelle et que cette atteinte trouve son origine dans une faute de surveillance.

112. La jurisprudence retient également la responsabilité sans faute des établissements psychiatriques lorsqu'un patient a causé un préjudice à un tiers du fait de l'utilisation d'une nouvelle méthode thérapeutique laissant plus de liberté[226].

La responsabilité des établissements privés relève d'un autre régime.

β) La responsabilité des établissements privés

113. La responsabilité des établissements privés est de nature civile et doit être mise en jeu devant les juridictions judiciaires. La difficulté tient ici à ce que, à la différence de l'institution publique dans laquelle l'usager se trouve dans une situation légale et

[225] Article 32 du Décret n° 89-798 du 27 octobre 1989.
[226] CE, 13 juillet 1967, *D.* 1967, jurisp. p. 675, note F. Moderne.

réglementaire de droit public[227], un contrat lie en principe l'usager à l'établissement privé. Aussi, si la responsabilité contractuelle prime sur la responsabilité délictuelle chaque fois qu'il existe un contrat et que le dommage fait suite à une mauvaise exécution de ce contrat[228], il est parfois difficile de déterminer l'existence même d'un tel contrat dans les établissements sanitaires et sociaux.

114. En effet, le contrat nécessite l'échange de deux consentements. Or lorsque l'usager d'un établissement est handicapé mental ou lorsqu'il a été placé par une commission administrative[229] ou par le juge, son consentement personnel est loin d'être certain[230]. De même, lorsqu'il est civilement incapable, l'absence de consentement peut être présumée et peut l'empêcher de passer un tel contrat.

115. Néanmoins, la responsabilité contractuelle peut être envisagée pour réparer le préjudice subi par ou à cause d'un usager incapable suite à des relations sexuelles. L'incapacité de celui-ci n'empêche effectivement pas l'existence du contrat. Un tel acte juridique, en ce qu'il soumet la personne de l'incapable au contrôle d'un tiers, est sans nul doute un acte relatif à la personne, mais n'appartient pas à la catégorie des actes éminemment personnels. Il relève du régime de protection des incapables. Or les régimes de protection du majeur incapable ont « pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable »[231]. De même, la protection de la personne du mineur est assurée au titre de l'autorité parentale ou de la tutelle[232].

116. L'importance de l'acte conduit donc à exiger que le consentement soit donné avec l'assistance du curateur, ou par représentation par le tuteur autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille. En principe, le contrat ayant pour effet de priver l'intéressé d'une partie de sa liberté, son consentement est également nécessaire. Cependant, comme en matière

[227] Voir sur ce point V. Doumeng, *op. cit.*, n° 587, p. 281.
[228] Cass. civ., 11 janvier 1922 : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 11e éd., n° 177 ; *DP* 1922, 1, 16 ; *S.* 1924, 1, 105, note R. Demogue.
[229] Commission départementale d'éducation spéciale (CDES) ou Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP), regroupées au sein de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées en application de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005.
[230] En ce sens, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 586.
[231] Cass. 1re civ., 18 avril 1989, préc.
[232] Article 371-1 et 450 du Code civil.

d'hospitalisation, lorsqu'il ne dispose pas de l'aptitude nécessaire au consentement, il faut autoriser les représentants légaux du mineur et le tuteur à le représenter[233].

117. Ainsi, avec le consentement direct ou par représentation de l'incapable, un contrat peut être formé avec l'établissement privé. Tout litige survenant entre cet usager et l'établissement doit relever de la responsabilité contractuelle. Il est alors possible de faire appel à l'obligation de sécurité, c'est-à-dire à l'obligation pour l'établissement de prendre toutes les précautions nécessaires en fonction de l'état des personnes hébergées, et donc notamment de prévenir toute atteinte sexuelle à une personne inapte à consentir à un tel acte. Il s'agit d'une obligation de moyen[234]. Mais une telle qualification peut faire perdre tout son sens à la notion de sécurité. C'est pourquoi la jurisprudence précise sur ce point que l'établissement doit adapter sa surveillance à l'état de la personne qui lui est confiée.

118. La responsabilité contractuelle ne peut cependant pas toujours être envisagée. Lorsque l'usager a été placé dans un établissement par décision de la CDES ou de la COTOREP, son consentement est le plus souvent inexistant. En ce cas, c'est à la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle[235] qu'il est fait appel, et ce d'autant plus aisément que ce fondement est préféré par les parties. Tel a été notamment le cas dans un arrêt de la 2e chambre civile de la Cour de cassation du 24 janvier 1996[236], dans une espèce où une mineure handicapée mentale avait été « déflorée » dans une institution médico-éducative.

119. En ce qui concerne la responsabilité quasi-délictuelle, l'imprudence peut être caractérisée par un défaut de surveillance des pensionnaires ayant permis les relations sexuelles. Il est alors possible de se référer à l'appréciation effectuée dans le domaine contractuel, c'est-à-dire à la nécessité d'adaptation. La difficulté de constater une faute de surveillance, surtout vis-à-vis de personnes ayant une liberté d'initiative et de mouvement, a incité la jurisprudence à utiliser d'autres fondements, et notamment l'article 1384 du Code civil. La difficulté consiste en réalité à faire un choix entre l'article 1382, c'est-à-dire la faute personnelle, et l'article 1384 al. 1, c'est-à-dire la responsabilité du fait d'autrui.

---

[233] En ce sens, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 594 et s.
[234] *Cf.* civ. 1re, 4 novembre 1982 : *Bull. civ.* I, n° 318 ; et civ. 1re, 12 avril 1983, *Bull. civ.* I, n° 116.
[235] La responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle sanctionne la violation délibérée des droits d'autrui ou la transgression d'une règle de prudence ou de diligence. Il peut également s'agir d'une responsabilité pour autrui.
[236] Civ. 2e, 24 janvier 1996 : *Petites affiches* n° 72 du 14 juin 1996, p. 28, note Annick Batteur ; *RD sanit. Soc.* 1997, p. 133, note J.-M. Lhuillier.

120. Dans le premier cas, il convient de savoir quel type de faute peut être reproché à l'établissement et quel type d'obligation légale ou réglementaire n'a pas été respecté. Si la faute de garde ou le non respect de l'obligation de sécurité peuvent répondre à cette exigence, il est à nouveau possible de s'interroger sur une obligation plus précise de veiller à l'absence de relation sexuelle entre usagers, et donc au rôle du règlement de fonctionnement et des souhaits des représentants légaux, notamment des parents. Une telle faute peut ainsi sans doute être retenue pour des mineurs de 15 ans ou en cas de relations forcées entre usagers dues à des dispositions insuffisamment sécuritaires en la matière du règlement intérieur.

121. Dans le second cas, c'est-à-dire dans la mise en jeu de la responsabilité « du fait des personnes soumises à la surveillance d'autrui »[237], deux conditions doivent être réunies. L'auteur direct du dommage, pour qui l'établissement est responsable, doit avoir commis un acte illicite[238] et l'établissement doit avoir « la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie de l'handicapé »[239]. Ainsi, les relations sexuelles doivent avoir été imposées pour que la responsabilité de l'établissement soit retenue sur le fondement de l'article 1384 al. 1 du Code civil. D'où la nécessité d'établir l'absence de consentement de l'usager.

122. Une difficulté apparaît alors ici pour les personnes semi-indépendantes, ce qui peut correspondre à un majeur sous curatelle : il ne paraît pas possible de réparer leur préjudice sur le fondement délictuel. En effet, la faute de surveillance semble exclue dans la mesure où il est fait appel à la notion d'adaptation et que leur semi-indépendance conduit à leur laisser une grande liberté. De même, la responsabilité générale du fait d'autrui ne peut leur être appliquée, leur mode de vie n'étant pas *a priori* contrôlé en permanence. Mais en réalité, ces remarques ne dépendent pas du régime de protection dont relève l'usager, mais de son mode d'hébergement. Dans tous les cas, il est vrai que cette difficulté à retenir la responsabilité de l'établissement donne lieu en pratique à une plus grande tolérance envers les personnes handicapées autonomes, ce qui réduit l'atteinte portée à leur liberté sexuelle.

---

[237] G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 1998, n° 789 et s.
[238] Cass. 2e civ., 20 novembre 2003 : *JCP G* 2004, II, 10017, note J. Mouly ; *D.* 2004, jurisp. p. 300, note G. Bouché.
[239] Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991, Blieck : *D.* 1991, jurisp. p. 321 note Larroumet, somm p. 324 obs. J.-L. Aubert, chron. G. Viney, p. 157 ; *JCP G* 1991, II, 21673 concl Dontenwille, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1991, n° 2, 541 obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, jurisp. p. 513, obs. F. Chabas ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 11e éd., n° 218-219.

123. Le mineur et le majeur sous tutelle ou curatelle sont donc libres d'avoir des relations sexuelles. Lorsqu'ils rencontrent un obstacle en ce domaine, ce n'est pas du fait de leur incapacité, et c'est en principe dans le souci d'assurer leur protection. Ce système participe au respect des droits fondamentaux de l'incapable. Comme tout individu, il peut faire le choix de devenir parent.

124. Le respect du projet parental passe tout d'abord par le respect de la liberté sexuelle, c'est-à-dire par la possibilité pour tout individu même incapable d'avoir des relations sexuelles. Il est ensuite nécessaire que ces relations répondent à une finalité de procréation. En d'autres termes, le respect de la liberté de procréer de l'incapable passe également par le respect de sa liberté de ne pas procréer. Il faut lui reconnaître la possibilité de décider d'avoir des relations sexuelles sans avoir d'enfant et il ne faut pas déduire de la seule incapacité civile le droit pour un tiers de se substituer à lui pour prendre une telle décision. Dans cet aspect négatif de la liberté de procréer, la minorité et le placement sous tutelle ou curatelle doivent être à nouveau sans effet.

Section 2 : Les moyens d'éviter la procréation de l'incapable

125. Deux techniques permettent de ne pas procréer tout en ayant des relations sexuelles : la contraception et la stérilisation. Le critère de distinction réside en principe dans l'opposition entre le caractère temporaire de la première et irrévocable de la seconde, même si aujourd'hui la stérilisation poursuit parfois une finalité contraceptive.

126. La contraception et la stérilisation ont fait l'objet de réformes récentes. La contraception paraît aujourd'hui être accessible aux incapables comme à tout individu, se détachant ainsi du régime des incapacités (§ 1). En revanche, dans le domaine de la stérilisation, plus grave, l'incapacité civile de l'intéressé est parfois directement prise en compte (§ 2).

§ 1. La contraception de l'incapable

127. La contraception recouvre « l'ensemble des moyens employés pour provoquer l'infécondité chez la femme ou chez l'homme »[240]. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 11 décembre 1969[241] une résolution qui énonce en son article 4 que « les parents ont un droit exclusif de déterminer librement et en toute responsabilité le nombre et l'échelonnement des naissances », et prévoit en son article 22 b « la fourniture aux familles des connaissances et des moyens voulus, pour qu'elles puissent exercer leur droit de déterminer librement et en toute responsabilité, le nombre de leurs enfants et l'espacement des naissances ». Cette reconnaissance aux parents d'un pouvoir d'autodétermination quant à la régulation des naissances consacre l'existence d'une liberté dans le domaine de la contraception, outil de cette régulation. Ce principe, qui n'est pas posé de manière générale en droit interne français, bénéficie également aux mineurs et aux majeurs sous tutelle ou curatelle, comme l'exprime l'ensemble des dispositions relatives à l'information sur la contraception (A) et à l'accès aux contraceptifs (B).

A) Un accès facilité par une information adaptée

128. L'information relative à la contraception s'adapte à certaine catégorie de personne à qui elle est destinée, pour leur en faciliter l'accès. Sans être spécifique aux personnes incapables, cette adaptation peut profiter aux mineurs (1) et aux majeurs sous tutelle ou curatelle (2).

1. L'information à destination des mineurs

129. Le législateur, dans le souci de trancher un éventuel conflit avec les titulaires de l'autorité parentale, a adopté un ensemble de mesures pour assurer une information sur la contraception adaptée aux plus jeunes et à leurs activités. C'est ainsi qu'une campagne publicitaire manifestement destinée aux jeunes a vu le jour (a) et qu'une information spécifique dans le cadre des établissements scolaires a été mise en place (b).

[240] Le Grand Robert de la langue française, V° Contraception. Et voir Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologie, « Contraception », sept. 2004.
[241] Résolution 25/42, XXIV .

a) La publicité

130. La publicité est sans nul doute aujourd'hui un des modes d'information les plus efficaces. L'importance de ses supports, et notamment de la télévision pour les plus jeunes, en fait un outil majeur d'information en matière de santé publique.

131. La contraception n'a pourtant pas toujours pu faire l'objet de publicité. Toute information en la matière, pour les mineurs comme pour les majeurs, a longtemps été perçue comme une propagande antinataliste, prohibée à ce titre par la loi du 31 juillet 1920 interdisant la contraception. Cette interdiction a été renouvelée par la loi Neuwirth du 28 décembre 1967 en son article 5[242]. Ce n'est que dans les années 1970 que l'information relative à la contraception est sortie de l'illégalité. Une distinction s'impose alors selon le mode de contraception envisagé.

132. Depuis la loi la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991, modifiant l'article 5 de la loi Neuwirth, la publicité relative à la contraception même non médicamenteuse relève des articles L. 5122-1 à L. 5122-3, L. 5122-6 à L. 5122-9 et L. 5122-11 du Code de la santé publique.

133. Aux termes de l'article L. 5122-1 du Code de la santé publique, « on entend par publicité pour les médicaments à usage humain toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de ces médicaments, à l'exception de l'information dispensée, dans le cadre de leurs fonctions, par les pharmaciens gérant une pharmacie à usage intérieur ». Tout médicament ayant fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché peut faire l'objet d'une telle publicité[243]. Cependant, aucune publicité ne peut être effectuée auprès du public pour un médicament soumis à prescription médicale[244], sauf autorisation préalable de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé[245].

134. Autrement dit, auprès du public, la publicité relative aux médicaments contraceptifs ne peut concerner ceux soumis à prescription médicale, c'est-à-dire aujourd'hui

[242] Mais les publications réservées aux médecins et aux pharmaciens sont exclues de cette prohibition.
[243] Article L. 5122-3 du Code de la santé publique.
[244] Article L. 5122-6 du Code de la santé publique.
[245] Article L. 5122-8 du Code de la santé publique.

la totalité d'entre eux hormis le NorLévo. La publicité concerne surtout les préservatifs, sous la condition d'obtenir le visa de publicité accordée par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé[246]. C'est sur ce mode de contraception que de véritables campagnes publicitaires ont été mises en place par le gouvernement. De même, des campagnes ayant pour objet de modifier les comportements quant à la régulation des naissances ont parfois été mises en œuvre, sans viser un contraceptif en particulier. Tel était notamment l'objet de la circulaire du 10 janvier 2000[247] relative à la campagne d'information sur la contraception lancée par le gouvernement, qui énonce expressément « qu'il ne s'agit nullement de privilégier une méthode de contraception plus qu'une autre, mais de présenter le choix de contraception en fonction de l'âge, de la situation, en vue d'une meilleure adhésion au principe même de la contraception. Il s'agit aussi de remédier à la méconnaissance des structures d'information et de consultation par les jeunes ».

135. Sans être seuls visés par ces publicités, les mineurs sont manifestement souvent le « cœur de cible » des publicitaires, au regard du style utilisé. La télévision permet par conséquent de transmettre une certaine information relative à la contraception, en l'occurrence les préservatifs, alors qu'en principe les parents peuvent décider de ne pas donner à leur enfant de connaissance en la matière.

136. Cette information n'est cependant que partielle. Pour mieux protéger les plus jeunes, l'ensemble de la contraception doit faire l'objet d'une information adaptée. C'est pourquoi le législateur a permis d'effectuer l'information relative à tous les modes de contraception au sein des établissements scolaires, fréquentés par hypothèse par les mineurs.

b) L'information dans les établissements scolaires

137. Dès 1973, la circulaire Fontanet[248] avait introduit dans les programmes scolaires des cours relatifs à la sexualité et favorisé l'organisation de réunions d'information. Les cours de biologie et d'économie familiale et sociale, mais aussi des actions complémentaires proposées en dehors du temps scolaire, assuraient cet objectif. C'est surtout la circulaire

[246] Article L. 5134-2 al. 2 et L. 5122-8 du Code de la santé publique.
[247] Circ. N° MES/CAB/2000-001 du 10 janvier 2000 relative à la campagne d'information sur la contraception.
[248] Circ. N° 73-299 du 23 juillet 1973.

Savary de 1981[249] qui a joué un rôle prépondérant, en incitant les directeurs et enseignants à mettre en place une information relative à la contraception dans les établissements par des cours et par l'organisation de permanences et de lieux de consultation. Ce texte pêchait cependant sur un point fondamental : il n'était pas impératif. Son respect était laissé à l'entière discrétion des directeurs d'établissements.

138. La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001[250] portant sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception propose de nouvelles solutions pour l'éducation à la santé et à la sexualité dans les établissements scolaires. L'article L. 312-6 nouveau du Code de l'éducation dispose qu'une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge homogènes[251]. Ces séances d'information pourront associer les personnels contribuant à la mission de santé scolaire et les personnels des centres de planning familial, ainsi que des intervenants extérieurs et notamment des médecins exerçant à titre libéral. Ce système permet au mineur d'être mieux informé sur les moyens de se responsabiliser face à sa sexualité.

139. Ainsi, l'école se substitue d'une certaine façon aux parents quant à l'éducation relative à la sexualité et à la contraception. Leur présence reste cependant essentielle et leurs prérogatives en matière d'éducation de l'enfant ne leur sont en aucun cas retirées. En ce sens d'ailleurs, la commission des affaires sociales avait proposé au Sénat[252] qu'une réunion annuelle soit organisée à l'intention des parents d'élèves, au cours de laquelle ces derniers seraient informés du cadre, du contenu et des modalités des séances dispensées à leurs enfants. Une telle mesure, qui montrait la volonté des pouvoirs publics de concilier autorité parentale et éducation du mineur quant à la contraception, n'a malheureusement pas été retenue par le législateur.

140. Il est vrai que les mineurs font très rarement appel à leurs parents pour obtenir des informations. C'est ainsi qu'une enquête en date du 1er décembre 1999 effectuée pour Sida Info Service, sur « les 15-24 ans face au Sida et à la sexualité », et réalisée à partir des appels reçus à SIS et d'un sondage SOFRES sur un échantillon de 500 personnes, indique que les

[249] Note de service n° 81-502 du 17 décembre 1981.
[250] *JO* 7 juillet 2001, p. 10823.
[251] Il convient ici de remarquer que le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture suite à un amendement de Mme Marie-Thérèse Boisseau ne concernait pas les écoles mais seulement les collèges et lycées. La formulation adoptée révèle que l'information n'est pas conditionnée par l'âge nubile.
[252] Commission des affaires sociales, Sénat, n° 210, Francis Giraud, 31 janvier 2001.

principaux canaux d'informations pour les jeunes sur la sexualité sont essentiellement leurs pairs (amis, frères et sœurs), et ensuite plus loin les médias, les médecins, et enfin en bon dernier, les parents.

141. Il est donc possible qu'un conflit voie le jour. Les parents peuvent en effet souhaiter s'opposer à ce que leurs enfants suivent de tels enseignements. Leur seule possibilité consiste alors à les inscrire dans un établissement privé ne dispensant pas de tels cours. Pour le reste, le Conseil d'Etat a tranché le conflit le 18 octobre 2000[253], en rejetant la demande de l'association « Promouvoir » qui tendait à l'annulation de la circulaire n° 98-234 du 19 novembre 1998[254] relative à l'éducation à la sexualité et à la prévention du Sida. Pour la haute juridiction, ce texte peut définir les orientations, le contenu et les modalités générales de l'enseignement portant sur l'éducation à la sexualité et à la prévention du Sida sans porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale. De plus, parce qu'elles sont relatives aux activités d'enseignement à des fins éducatives et pédagogiques, notamment pour prévenir les risques de maladies sexuellement transmissibles ou de grossesses non désirées, les dispositions de la circulaire ne portent pas atteinte aux convictions religieuses et philosophiques des élèves et de leurs parents.

142. Ainsi, l'adaptation de l'information n'est pas réalisée au regard de l'incapacité civile des mineurs, mais en raison de leur jeune âge et de leur manque de connaissance. En conséquence, elle ne tient pas compte de l'autorité parentale et les parents ne peuvent arguer d'une atteinte à leurs prérogatives. C'est un raisonnement similaire qui conduit à faire bénéficier les majeurs sous tutelle ou curatelle d'une adaptation de l'information.

2. L'information à destination des majeurs sous tutelle ou curatelle

143. Aucune disposition n'adapte spécifiquement l'information relative à la contraception aux majeurs sous tutelle ou curatelle en tant que tels. Ils bénéficient des mêmes sources de renseignements que tout individu majeur, à savoir surtout la publicité et l'information auprès du corps médical.

---

[253] CE, 18 octobre 2000, req. N° 213303 : *Rec. CE*, p.425 ; *Act. Jur. Fonction publique*, n° 4, p. 45, note J. Mekhantar ; *RJPF* 2001-4/12, note E. Putman. Et voir Cour EDH, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark, 7 déc. 1976, série A, n° 23 ; F. Sudre, J.-P. Margénaud, J. Andriantsimbazovine, A. Gouttenoire, M. Levinet : *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Coll. Thémis, 2e éd., 2004, n° 48, p. 441.

[254] BO du ministère de l'éducation nationale, 10 décembre 1998, p. 2633-2636.

144. La difficulté tient ici à d'éventuels problèmes de compréhension de l'information. En effet, l'importance de l'altération des facultés mentales d'un individu placé sous tutelle ou curatelle peut l'empêcher de comprendre le fonctionnement de certains modes de contraception. En ce sens, l'information doit parfois avoir lieu auprès de tiers, qui vont prendre en charge la contraception de l'incapable. Celui-ci ne doit pour autant pas être exclu, et sa participation doit toujours être recherchée.

145. L'adaptation de l'information tient donc ici à l'altération des facultés de l'individu, éventuelle cause de son incapacité civile. En ce sens, la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, suite à un amendement de Mme le Sénateur Odette Terrade, a rajouté un alinéa à l'article L. 6121-6 du Code de la santé publique, qui dispose aujourd'hui qu'une « information et une éducation à la sexualité et à la contraception sont notamment dispensées dans toutes les structures accueillant des personnes handicapées ». Si cette obligation ne pèse que sur les établissements, elle révèle le souci d'adapter l'information relative à la contraception au handicap de l'individu. La cause de la tutelle ou curatelle, c'est-à-dire la cause de l'incapacité civile que peut être le handicap, donne ainsi lieu à une obligation d'adapter l'information en établissement. Cette information permet ensuite à l'individu de décider lui-même de sa contraception, révélant dans une certaine mesure sa liberté de procréer ou de ne pas procréer.

146. L'adaptation de l'information, telle qu'elle est prévue par le législateur, ne concerne pas les organes de la protection civile. Rien ne permet donc de diriger de manière spécifique l'information sur la contraception vers les tuteurs et curateurs. Toutefois, leur protégé, surtout le tutélaire, étant parfois hors d'état de manifester sa volonté, il serait bénéfique de généraliser une telle information, dans le cadre d'enseignement ou de formation continue. Dans tous les cas, l'adaptation de l'information sur la contraception qui bénéficie aux personnes incapables n'est utile que si l'accès à cette contraception ne leur est pas refusé au motif de leur incapacité.

B) Un libre accès à la contraception de l'incapable

147. Aucune condition de capacité n'est posée pour avoir accès à la contraception. Il apparaît même que l'accès à la contraception est parfois facilité, au bénéfice direct ou indirect du mineur (1) et du majeur sous tutelle ou curatelle (2).

1. L'accès des mineurs à la contraception

148. Par exception à son incapacité en matière médicale, le mineur bénéficie désormais d'un libre accès à la contraception (a). Pour lui permettre de mieux exercer cette liberté, les modes de délivrance proposés sont adaptés à sa situation, notamment en tenant compte de l'importance de l'établissement scolaire dans le quotidien des mineurs en matière de contraception d'urgence (b).

a) L'indifférence à l'incapacité civile

149. Déjà, aux termes de la loi Neuwirth du 28 décembre 1967 et surtout de la loi Veil du 4 décembre 1974, le mineur pouvait accéder à la contraception[255]. Son autonomie a ensuite été consacrée par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, pour mettre fin aux éventuelles incertitudes nées de l'application des règles relatives à l'autorité parentale. L'application de ce principe conduit cependant à opérer une distinction selon le type de contraception envisagé.

150. Deux catégories de contraceptions existent. La première regroupe les méthodes naturelles – méthode Ogino-Knauss notamment – et les objets contraceptifs à usage non médical que sont les préservatifs. La seconde consiste dans des médicaments[256], essentiellement des « pilules » ou des injections trimestrielles d'hormones, ainsi que dans des objets contraceptifs nécessitant l'insertion par un médecin, type stérilet ou diaphragme.

[255] Pour une vision sociologique, voir S. Durand, « Accès à la contraception et recours à l'I.V.G chez les jeunes femmes », in *De la contraception à l'avortement*, Sociologie des grossesses non prévues, Questions en santé publique, par N. Bajos et M. Ferrand, Inserm 2002.

[256] Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 juin 1991, pourvoi n° 89-18 906, inédit, a énoncé qu'un produit destiné à administrer une hormone et possédant des propriétés thérapeutiques ou contraceptives susceptibles de modifier les fonctions organiques de l'être humain, constituait un médicament, selon l'article L. 511 du Code de la santé publique (devenu L. 5111-1) et la directive n° 65/65/CEE du Conseil des ministres de la Communauté.

151. L'usage des contraceptifs de la première catégorie par des mineurs ne soulève que peu de difficultés. La mise en œuvre des méthodes dites naturelles s'attache à la liberté sexuelle reconnue aux moins de 18 ans[257] et n'est conditionnée que par l'aptitude de la jeune fille à calculer ses dates d'ovulation. Quant à l'achat et l'usage d'un préservatif, s'il est vrai que l'exercice de cette liberté peut entrer en conflit avec les prérogatives de l'autorité parentale, ce conflit est cependant aisément résolu en faveur de la liberté du mineur : les préservatifs sont en vente libre, sans condition d'âge, et leur usage relève sans nul doute de l'autodétermination et de l'autonomie reconnues à tout individu en matière de sexualité. Autrement dit, en la matière, les parents peuvent seulement au titre de l'autorité parentale confisquer les préservatifs à leur enfant, mais en vain car celui-ci peut de son côté en acheter librement, puisqu'il s'agit d'un acte de la vie courante, et en utiliser sans autorisation parentale. L'incapacité civile n'est pas un obstacle à l'usage d'un préservatif.

152. La contraception de la seconde catégorie, c'est-à-dire médicale, est plus problématique. Dans cette hypothèse, le contraceptif a des effets directs sur la santé du mineur, ce qui donne lieu à une difficile conciliation entre l'autonomie du mineur et les prérogatives de l'autorité parentale. Il apparaît alors que la contraception relève d'une capacité exceptionnelle reconnue aux mineurs. Cette capacité, justifiée principalement par le souhait d'éviter des grossesses non désirées à un âge précoce dans la mesure où l'exercice de l'autorité parentale ne suffit pas à empêcher toute activité sexuelle du mineur, ouvre la voie à la liberté sexuelle des moins de 18 ans. A nouveau, une distinction s'impose, entre la contraception d'urgence (α) et les autres modes de contraception hormonale (β).

α) La contraception d'urgence

153. La contraception d'urgence peut se définir comme l'utilisation d'un médicament permettant d'éviter une grossesse peu après un rapport sexuel non ou mal protégé. Ce mode est composé de deux comprimés, dont le premier doit être pris dans les trois premiers jours suivant la grossesse et le second 12 à 24 heures plus tard. Il s'agit d'éviter le recours à une interruption de grossesse, même médicamenteuse. Deux types de médicaments hormonaux assurent cette contraception d'urgence : d'une part le Tétragynon, une association d'œstrogènes et d'un progestatif[258], commercialisé depuis 1998[259], et d'autre part le NorLévo,

[257] *Cf. supra* § 55.
[258] Lévonorgestrel.

composé uniquement de progestatif[260], commercialisé depuis 1999[261]. S'ils ont la même efficacité, seul le NorLevo, en l'absence d'œstrogènes dans sa composition, ne connaît aucune contre-indication médicale.

154. La première façon de faciliter l'accès à cette contraception d'urgence profite au mineur sans lui être spécifique. Elle consiste à se passer de prescription médicale, malgré l'aspect médicamenteux de ce mode de contraception. L'intervention d'un médecin, parfois redoutée par les plus jeunes, n'est plus obligatoire. Surtout, le délai pour accéder au contraceptif est raccourci, ce qui répond à l'urgence de la situation. En la matière, la directive CEE n° 92/26 du 31 mars 1992 concernant la classification en matière de délivrance des médicaments à usage humain[262] soumet les médicaments à prescription médicale lorsqu'ils « sont susceptibles de présenter un danger, directement ou indirectement, même dans des conditions normales d'emploi, s'ils sont utilisés sans surveillance médicale ; ou s'ils sont utilisés souvent, et dans une très large mesure dans des conditions normales d'emploi, et que cela risque de mettre en danger directement ou indirectement la santé ; ou s'ils contiennent des substances ou des préparations à base de ces substances dont il est indispensable d'approfondir l'activité et/ou les effets secondaires ; ou s'ils sont, sauf exception, prescrits par un médecin pour être administrés par voie parentérale[263] »[264]. Or l'article 4 de la directive[265] précise qu'une autorité compétente peut déroger à l'application de ces règles « eu égard à la dose maximale unique ou à la dose maximale journalière, au dosage, à la forme pharmaceutique, à certains conditionnements et/ou à d'autres conditions d'utilisation qu'elle a spécifiés ». C'est pourquoi il a été possible à M. Kouchner, dès mai 1999[266], sur proposition du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé[267], de permettre la vente libre du NorLévo dans les pharmacies à compter du 1er juin 1999, c'est-à-

[259] Autorisation de mise sur le marché du 20 mars 1998.
[260] Lévonorgestrel.
[261] Autorisation de mise sur le marché du 16 avril 1999. Sur ces autorisations, Voir CE, 25 avril 2001, Assoc. Choisir la vie – Assoc. pour l'objection de conscience à l'avortement, *JCP G* 2002, II, 10017, note J. Peigné.
[262] *JO* CE n° L. 113 du 30 avril 1992, p. 5-7, abrogée par la Directive du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (*JO* n° L. 311 du 28 novembre 2001 p. 67), mais qui sur ces points ne change rien.
[263] C'est-à-dire introduit dans l'organisme par une voie autre que le tube digestif, notamment par injection.
[264] Article 3 de la Directive de 1992, repris à l'article 71-1 de la Directive du 6 novembre 2001, préc.
[265] Repris dans l'article 71-4 de la Directive du 6 novembre 2001, préc.
[266] Arrêté du secrétaire d'Etat à la Santé et à l'Action sociale du 27 mai 1999 (*JO*, 30 mai 1999), classant le Lévonorgestrel (molécule à la base du NorLévo, l'un des contraceptifs d'urgence) dans la catégorie des médicaments dont la délivrance ne nécessite pas de prescription médicale.
[267] Sur le fondement de l'article R. 5192 du Code de la santé publique.

dire sans prescription médicale : à la différence du Tétragynon ou du RU 486[268], le NorLévo ne comporte pas de risque pour la santé. Sa vente libre se limite cependant à une durée maximale de traitement de deux jours et à une dose inférieure à 1,5 grammes. Par sa décision du 30 juin 2000[269], le Conseil d'Etat semblait implicitement revenir sur cette possibilité de se faire délivrer le NorLévo sans ordonnance. Mais le principe a été réaffirmé par la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000[270].

155. La seconde façon de faciliter au mineur l'accès à la contraception d'urgence lui est propre et réside dans la possibilité de se dispenser de l'autorisation parentale. La reconnaissance de cette autonomie par la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 met fin à la prohibition posée par la loi de 1967 de toute délivrance de contraceptifs à des personnes mineures de 18 ans[271] sans l'autorisation écrite des parents. Déjà, la loi Veil de 1974 donnait la possibilité aux centres de planification ou d'éducation familiale nouvellement créés[272] de délivrer aux mineurs des contraceptifs à titre gratuit sur prescription du médecin directeur du centre. Et depuis 1975, le médecin ne devait plus rechercher l'autorisation des parents pour prescrire un contraceptif[273]. Le principe est aujourd'hui posé par l'article L. 5134-1 al. 1 du Code de la santé publique, et ne se limite d'ailleurs pas à la contraception d'urgence : « Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures ». En la matière, la proposition de loi déposée par Mme Danielle Bousquet le 13 septembre 2000 développait trois idées directrices, qui ont toutes abouti : faciliter l'accès aux contraceptifs d'urgence qui ne sont pas susceptibles de présenter un risque pour la santé, rendre possible l'accès des mineures à ces contraceptifs sans autorisation parentale, et rendre cet accès possible sans passage obligatoire par les centres de planification. Cette autonomie de principe est encore renforcée par l'alinéa 2 de l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique, combiné avec le décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002[274], qui autorise les pharmaciens à délivrer gratuitement et anonymement aux personnes mineures « des médicaments indiqués dans la contraception d'urgence et non soumis à prescription médicale

[268] Médicament abortif.
[269] CE, 30 juin 2000, Association « Choisir la vie » et a., concl. S. Boissard : *AJDA* 2000 p. 729 ; *JCP G* 2000, II, 10423 note J. Peigné ; *D.* 2000, chron. p. 545, C. Radé et O. Dubos ; *RD sanit. Soc.* 2000, n° 7, p. 711, note S. Cayla et p. 732, note L. Dubouis ; *D.* 2001, jurisp. p. 2224, note A. Legrand. *Cf. infra* § 168.
[270] JO n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19830
[271] Voire pour certains contraceptifs aux mineures de 21 ans.
[272] Décret n° 72-318 du 24 avril 1972 : JO 26 avril 1972.
[273] Décret n° 75-317 du 5 mai 1975 : JO du 6 mai 1975.
[274] JO n° 8 du 10 janvier 2002, p. 590

obligatoire », à savoir le NorLévo[275]. Aux termes de l'article 2 de ce décret, la justification verbale de la minorité suffit. La jeune fille n'a donc pas besoin d'informer ses parents pour obtenir le remboursement de la dépense effectuée. Dans le même sens, les mineures peuvent se faire délivrer un contraceptif d'urgence auprès des infirmières scolaires[276].

156. Ainsi, en matière de contraception d'urgence, l'incapacité civile du mineur est sans conséquence. Les règles restrictives d'autonomie du mineur tirées de l'autorité parentale sont expressément écartées afin d'éviter tout conflit.

157. Ce principe de l'autonomie du mineur face aux prérogatives parentales se retrouve dans les modes de contraception non urgente, mais alors l'intervention du médecin est obligatoire.

β) Les contraceptifs intra-utérins et les autres contraceptifs hormonaux

158. De nouveau, il convient de distinguer la nécessité d'une prescription médicale et l'exigence d'une autorisation parentale. Pour l'essentiel, le libre accès des mineurs à ces modes de contraception a été affirmé par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001.

159. La prescription médicale reste obligatoire pour l'accès aux contraceptifs non urgents. Cette condition est même expressément affirmée par l'article L. 5134-1, II du Code de la santé publique pour les contraceptifs intra-utérins, les diaphragmes et les capes. Il doit en être de même pour les contraceptifs hormonaux qui ne relèvent pas de l'urgence, bien qu'aucune disposition expresse en ce sens ne puisse être relevée[277]. En effet, ce sont avant tout des médicaments[278], soumis en conséquence à la directive CEE n° 92/26 du 31 mars 1992[279]. Or seul le NorLévo, contraceptif d'urgence, remplit la condition d'absence de contre-indication médicale nécessaire à la délivrance sans ordonnance. Tous les autres contraceptifs hormonaux restent soumis à prescription médicale dans la mesure où ils remplissent les conditions d'inscriptions sur les listes I et II des substances vénéneuses visées par l'article

[275] Son prix est normalement d'environ 10 euros.
[276] *Cf. infra* § 167 s.
[277] En faveur de cette solution, *cf.* le rapport du sénateur F. Giraud au nom de la commission des affaires sociales, n° 210, du 31 janvier 2001. En sens opposé, voir le rapport d'information n° 200 de O. Terrade pour la délégation aux droits des femmes.
[278] En ce sens, Cass. crim., 18 juin 1991, pourvoi n° 89-18-906, préc.
[279] Précité.

L. 5132-6 du Code de la santé publique. Il est cependant probable qu'à l'avenir, d'autres contraceptifs rempliront la condition d'absence de contre-indication médicale et pourront ainsi être délivrés sans ordonnance. En ce cas, les mesures favorisant l'accès à ce mode de contraception risquent de desservir les intérêts du mineur, privé de toute protection médicale. L'intervention d'un médecin joue en effet également un rôle préventif, notamment quant aux risques liés au tabac, au cancer du sein ou du col de l'utérus. En l'absence d'urgence, il n'est pas de l'intérêt de l'individu de ne pas bénéficier d'un contrôle médical. Exiger la prescription médicale pour accéder aux contraceptifs hormonaux non urgents répond au souci de protéger la santé de l'individu et peut être mis en oeuvre tout en assurant son anonymat. Autrement dit, il est possible de concilier le principe de l'autonomie du mineur face aux parents et la nécessité d'un contrôle médical. Il est alors impératif de modifier l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique en ce sens, avant que les laboratoires pharmaceutiques ne mettent au point un contraceptif hormonal non urgent pouvant être déclassé des listes I et II et donc être délivré sans ordonnance[280].

160. L'article L. 5134-1, I du Code de la santé publique qui reconnaît l'autonomie du mineur face aux prérogatives parentales quant à la prescription, à la délivrance ou à l'administration des contraceptifs s'applique également ici. La dispense d'autorité parentale est sur ce point renforcée par l'article L. 2311-4 du Code de la santé publique, qui rappelle le principe posé en 1974, selon lequel « les centres de planification ou d'éducation familiale sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits ou objets contraceptifs aux mineurs désirant garder le secret ». Par cette mesure, l'argent n'est pas pour les mineurs un obstacle à l'accès aux contraceptifs, ce qui accentue leur indépendance vis à vis des parents. Le mineur a librement accès aux contraceptifs intra-utérins, diaphragmes[281], capes[282], et aux contraceptifs hormonaux non urgents ; il n'a pas besoin de l'autorisation de ses parents. En d'autres termes, même sans urgence, l'incapacité civile du mineur ne l'empêche pas d'exercer sa liberté de ne pas procréer en décidant d'utiliser un contraceptif.

161. Cependant, l'usage, c'est-à-dire la pose, des contraceptifs intra-utérins type stérilet, des diaphragmes et des capes exige la réalisation d'un acte invasif. Aussi, alors que les examens effectués préalablement à la prescription d'un contraceptif hormonal peuvent être

[280] Il suffirait de préciser que les contraceptifs hormonaux non-urgents sont soumis à prescription médicale, comme c'est déjà le cas pour les contraceptifs intra-utérins et les diaphragmes ou les capes.
[281] Dôme de latex monté sur une armature rigide obstruant l'entrée utérine.
[282] Cape s'appliquant sur le col de l'utérus par effet de ventouse.

qualifiés d'actes médicaux ordinaires, courants, dans la mesure où ils n'apparaissent pas dangereux pour la santé de l'individu, la pose des contraceptifs intra-utérins et dans une moindre mesure des diaphragmes et capes, doit s'analyser comme un acte médical plus grave, au regard des effets possibles sur la santé et des risques, notamment de stérilisation involontaire, attachés à ce mode de contraception. Or cette distinction n'est pas sans effet sur le consentement nécessaire à l'opération que doit exprimer le mineur. L'intérêt de la distinction est cependant surtout théorique. Le recours à une contraception intra-utérine par une mineure est exceptionnelle et ne recoupe en réalité que l'hypothèse d'une personne handicapée, envisagée alors plus pour cette altération que pour son jeune âge[283].

162. Un acte est médical lorsque certaines conditions relatives à son auteur, son objet et sa finalité sont remplies[284]. Tout d'abord, l'acte doit être accompli par un professionnel titulaire d'un diplôme l'autorisant à soigner. Il peut s'agir d'un médecin ou dans certains cas d'auxiliaires médicaux[285]. Cette condition est remplie en matière de contraception hormonale non urgente, dans la mesure où seul le médecin peut effectuer les examens nécessaires à leur prescription. Il en est de même pour les contraceptifs intra-utérins aux termes de l'article L. 5134-1. II du Code de la santé publique, qui énonce que « la première pose du diaphragme ou de la cape doit être faite par un médecin ou une sage-femme. L'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin ». Si la pose du diaphragme ou de la cape paraît ainsi être un acte médical moins important que l'insertion d'un stérilet, tous ces actes remplissent cette première condition de la qualification. De plus, l'intervention de la sage-femme s'effectue toujours après prescription médicale, donc après la rencontre avec un médecin.

163. Ensuite, pour être médical, l'acte doit avoir « un objet particulier et aboutir à une finalité spécifique »[286]. Il peut s'agir d'une « auscultation, d'un examen complexe parfois pénétrant le corps humain ou lui infligeant une lésion, une surveillance pré, per et postopératoire, [ayant pour finalité de] déterminer et appliquer des soins pour guérir ou atténuer la maladie »[287]. La particularité de l'objet se retrouve dans les examens effectués

[283] *Cf. infra* § 180., le développements sur les incapables majeurs.
[284] Sur ces critères, Voir M.-H. Renaut : « L'évolution de l'acte médical », *RD sanit. Soc.* 1999, p. 45.
[285] Voir sur ce point l'arrêté du 6 janvier 1962 pris après avis de l'Académie nationale de médecine, modifié par deux arrêtés du 12 mai 1981 et du 12 novembre 1986, qui énumèrent les actes réservés aux médecins et ceux pouvant être confiés à des auxiliaires.
[286] M.-H. Renaut, art. préc., p. 50.
[287] *Ibidem*.

pour prescrire le contraceptif hormonal et dans l'insertion de l'objet contraceptif. Quant à la finalité spécifique, il apparaît que la contraception ne répond pas à une finalité thérapeutique, dans la mesure où il ne s'agit ni de sauver une vie, ni de soigner[288]. Cependant, la notion d'acte médical se détache aujourd'hui de l'acte thérapeutique. L'acte médical peut répondre à une finalité préventive. D'ailleurs, l'article 16-3 du Code civil distingue nettement l'acte médical et l'acte thérapeutique quant à l'atteinte qui peut être portée à l'intégrité du corps humain[289]. L'acte est ainsi médical dès lors que, effectué par un médecin, il a pour finalité de protéger la santé de l'individu. L'acte médical sera ensuite plus ou moins grave selon l'importance de l'atteinte portée à l'intégrité physique de cet individu. Or la pose de contraceptifs intra-utérins et, au moins pour la première fois, des diaphragmes et capes, constitue un acte invasif qui porte une atteinte à l'intégrité physique de l'individu plus importante que de simples examens préalables à une prescription de contraceptifs hormonaux. La gravité de l'acte médical relatif aux objets contraceptifs conduit par conséquent à limiter l'autonomie reconnue aux mineures en la matière et à restituer aux parents le pouvoir de refuser une telle intervention.

164. Autrement dit, l'importance de l'atteinte portée au corps de la mineure conduit *a priori* à restituer aux parents le pouvoir de consentir ou non à une telle intervention. L'absence de toute finalité thérapeutique impose de rechercher également l'accord de la mineure, en application de l'article 16-3 al. 2 du Code civil qui ne permet de passer outre que dans le cas où l'état de l'intéressé « rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir » et de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui oblige à rechercher systématiquement le consentement du mineur s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision[290]. L'exigence du consentement parental en plus du consentement de la mineure est d'autant plus nécessaire qu'une telle contraception donne parfois lieu à une stérilisation involontaire. De plus, ce mode de contraception nécessite une maturité plus importante que la prise d'un contraceptif hormonal, ce qui le plus souvent ne correspond pas aux plus jeunes. En ce sens, la liberté de ne pas procréer du mineur serait ici limitée par exception par la possibilité de mettre en œuvre le régime de son incapacité.

[288] Voir *infra* l'étude de cette difficulté pour la stérilisation dite thérapeutique, § 200 s.
[289] Article 16-3 du Code civil modifié par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, JO n° 172 du 28 juillet 1999, p. 1129, art. 70.
[290] Voir sur ce point A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RD sanit. Soc.* 2005, p. 265.

165. Toutefois, la gravité de ce mode de contraception doit être fortement nuancée. En effet, dès 1981, une circulaire du ministre de la santé et de la sécurité sociale[291] a reconnu que « l'évolution des connaissances des praticiens en matière de contraception est telle que la pose des dispositifs intra-utérins est un acte médical qui ne nécessite plus de règles particulières ». D'ailleurs, aux termes de l'article L. 5134-1 *in fine* du Code de la santé publique, l'insertion de l'objet contraceptif peut s'effectuer en dehors d'un centre hospitalier, ce qui atteste de sa faible dangerosité. Aussi, en l'absence de précision apportée par le législateur en la matière, il est possible d'affirmer que le mineur doit également disposer d'une liberté pour accéder à ce mode de contraception : il n'a pas à rechercher le consentement de ses parents, mais doit cependant obtenir une prescription médicale.

166. L'accès à la contraception est ainsi facilité par l'absence d'effet de la minorité, qui se traduit par l'indépendance du mineur vis-à-vis de ses parents. Cette liberté de ne pas procréer est encore renforcée en ce qu'elle est assurée au plus près des mineurs, à savoir dans les établissements scolaires, au moins pour la contraception d'urgence.

b) Le cas particulier de la délivrance de la contraception d'urgence en établissement scolaire

167. Faciliter l'accès aux contraceptifs aux mineurs ne peut se limiter à renforcer leur autonomie en les dispensant d'autorisation parentale ou de prescription médicale. Il faut également élargir les modes de délivrance. Tel a été l'objet de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000[292]. Aux termes de l'article L. 5134-1, I al. 2 du Code de la santé publique, il est aujourd'hui possible pour les élèves d'obtenir la « pilule du lendemain » directement dans les établissements scolaires, lieu qu'ils fréquentent quotidiennement. Il s'agit de mieux respecter leur liberté de ne pas procréer, indépendamment de leur incapacité, en faisant intervenir les infirmières scolaires.

168. Avant la réforme, en vertu des lois de 1967 et de 1974, seuls les pharmaciens pouvaient délivrer des contraceptifs. Un premier élargissement des modes de délivrance avait été réalisé avec le protocole national sur l'organisation des soins et des urgences dans les

[291] Circ. N° 81-13, 29 avril 1981, BO min. santé, 16 juin 1981.
[292] JO du 14 décembre 2000, p. 19830.

écoles et les établissements publics d'enseignement du 29 décembre 1999[293], qui a permis aux infirmières scolaires de délivrer à titre gratuit la « pilule du lendemain » aux élèves de collège ou lycée en situation de détresse, et ce sous certaines précautions. Le protocole prévoyait que « si l'élève mineure refuse catégoriquement que sa famille soit associée à sa démarche, l'infirmière prend rendez-vous en urgence auprès du centre de planification et si besoin est, l'accompagne dans ce centre. Si l'une des structures n'est pas immédiatement accessible, et s'il existe une situation de détresse caractérisée, l'infirmière pourra à titre exceptionnel et dans le cas où le rapport sexuel remonte à moins de 71 heures, délivrer le NorLévo à l'élève concernée, aux fins de permettre d'éviter par la contraception d'urgence, une grossesse non désirée à un âge précoce ». Mais le Conseil d'Etat, le 30 juin 2000[294], a annulé ce texte, au motif que le pouvoir réglementaire ne peut aller à l'encontre d'une loi. Seule une loi pouvait donc revenir sur le principe posé par la loi Neuwirth. Se prononçant sur la compatibilité de cette dernière avec les objectifs de la directive communautaire du 31 mars 1992[295] invoquée par le gouvernement pour écarter sur ce point l'application de la loi, le Conseil d'Etat a ainsi estimé que la directive laissait un large pouvoir d'appréciation aux Etats membres et donc que la loi Neuwirth restait applicable. Au regard du danger potentiel que présente tous les contraceptifs hormonaux, la haute juridiction a affirmé que la prescription médicale et la délivrance en pharmacie - ou exceptionnellement dans les plannings familiaux - restaient impératives.

169. Le législateur est intervenu par la loi du 13 décembre 2000 pour mettre fin au monopole pharmaceutique en matière de contraception d'urgence des mineures. L'article L. 5134-1, al. 2 du Code de la santé publique énonce aujourd'hui que « dans les établissements d'enseignement du second degré, si un médecin ou un centre de planification ou d'éducation familiale n'est pas immédiatement accessible, les infirmiers peuvent, à titre exceptionnel et en application d'un protocole national déterminé par décret[296], dans les cas d'urgence et de détresse caractérisés, administrer aux élèves mineures et majeures une

[293] Publié au Bulletin officiel de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie du 6 janvier 2000, n° 1 hors série.
[294] CE, 30 juin 2000, Association « Choisir la vie » et a., concl. S. Boissard : *AJDA* 2000 p. 729 ; *JCP G* 2000, II, 10423, note J. Peigné ; *D.* 2000, chron. p. 545, C. Radé et O. Dubos ; *RD sanit. Soc.* 2000, p. 711 note S. Cayla et p. 732, note L. Dubouis ; *D.* 2001, jurisp. p. 2224, note A. Legrand. Et voir L. Dubouis : « La pilule du lendemain : le ministre, la loi et la directive communautaire », *RFD adm.* 2000, p. 1305.
[295] Concernant la classification en matière de délivrance des médicaments à usage humain qui définit les critères en fonction desquels les Etats membres soumettent un médicament à prescription médicale. *Cf. Supra* § 154.
[296] Décret n° 2001-258 du 27 mars 2001 portant adoption du protocole national sur la contraception d'urgence en milieu scolaire, JO n° 74 du 28 mars 2001, p. 4825.

contraception d'urgence. Ils s'assurent de l'accompagnement psychologique de l'élève et veillent à la mise en œuvre d'un suivi médical ».

170. Ainsi, il est aujourd'hui possible pour l'élève mineure ou majeure de se faire administrer[297] un contraceptif d'urgence sans prescription médicale auprès de l'infirmier d'un établissement d'enseignement du second degré, public ou privé. Et une fois le contraceptif administré, la jeune fille reste protégée : aux termes du protocole du 27 mars 2001, l'infirmier doit organiser un accompagnement psychologique et un suivi médical par un centre de planification ou d'éducation familiale ou par un médecin.

171. Un premier bilan de l'application de la nouvelle législation semble d'ailleurs positif et ne révèle aucun abus de la part des jeunes élèves. Pour dix demandes, deux NorLévo ont été distribués par les infirmiers scolaires, soit 1618 sur 7074 demandes d'élèves, dont 4720 mineures[298]. La plus grande majorité a été « administrée » dans les lycées[299].

172. Il apparaît alors que les mesures facilitant l'accès aux contraceptifs dans les établissements scolaires ne sont pas propres aux mineurs. Cependant, ils en sont bien les premiers destinataires. C'est dans le but de trancher le potentiel conflit entre les parents et l'enfant que le législateur a affirmé l'indépendance de ce dernier vis-à-vis des détenteurs de l'autorité parentale, et c'est pour mieux assurer cette indépendance qu'il rend possible, en cas d'urgence, la délivrance des contraceptifs dans les établissements scolaires. Le jeune majeur encore scolarisé ne fait que bénéficier de cette proximité, son autonomie étant par définition déjà acquise.

173. Comme le mineur, le majeur sous tutelle ou curatelle a la possibilité d'accéder à la contraception. Mais la cause de son incapacité civile peut cependant parfois priver l'intéressé de sa liberté en ce domaine.

---

[297] Le changement de terminologie doit ici être remarqué. Alors que le protocole du 29 décembre 1999 parlait de « délivrance », le nouveau texte parle « d'administration ». La délivrance relèverait donc toujours du monopole pharmaceutique. La pratique aura cependant sans doute bien du mal à faire la différence, « l'administration » du NorLévo ne nécessitant aucun acte particulier.

[298] Données recueillies dans 22 académies sur 30, cité par Lucien Neuwirth dans son rapport au Sénat au nom de la Commission des affaires sociales, n° 49 du 25 octobre 2000, JO Sénat, 2000-2001.

[299] 317 dans les collèges, 968 en lycée général et technique, 333 en lycée professionnel.

2. La contraception des majeurs sous tutelle ou curatelle

174. Aucune disposition ne traite spécifiquement de la contraception des majeurs sous tutelle ou curatelle, que ce soit pour leur en fermer ou pour leur en faciliter l'accès. Toutefois, il apparaît que la cause de leur placement sous un régime civil de protection, plus précisément l'altération de leur volonté, va être prise en compte pour l'accès à certains modes de contraception. Le consentement à la prise de contraceptifs peut en effet être douteux, alors que le mode de vie du majeur rend parfois nécessaire la mise en place d'une contraception pour éviter une grossesse non désirée ou en tout cas source de difficultés. Il convient alors de distinguer la contraception décidée par le majeur sous tutelle ou curatelle (a) de celle qui lui est imposée, hypothèse qui recoupe les difficultés liées à son hébergement en établissement (b).

a) La contraception décidée par le majeur sous tutelle ou curatelle

175. Comme pour les mineurs, il est nécessaire d'opérer une distinction entre les différents modes de contraception.

176. La contraception dite « naturelle » peut par définition être librement décidée par un majeur sous tutelle ou curatelle. On peut seulement parfois douter de l'aptitude d'une majeure sous tutelle à calculer ses périodes d'ovulation. De même, pour l'usage d'un préservatif, seule joue l'aptitude de l'individu. D'ailleurs, l'achat d'un préservatif est un acte de la vie courante, exclu en conséquence des règles relatives aux actes juridiques propres au régime de la tutelle et de la curatelle. Dans certains cas, l'inaptitude du majeur lui ferme donc l'accès à ce mode de contraception. Mais il ne s'agit en aucun cas d'un effet de son incapacité civile. Il y a là égalité de traitement avec le mineur incapable et avec tout individu.

177. Les difficultés soulevées par la contraception « artificielle » sont plus importantes. Pour autant, aucune disposition similaire à celle adoptée pour le mineur n'existe pour le majeur sous tutelle ou curatelle. Le législateur n'a pas rappelé l'autonomie de l'incapable pour décider de sa contraception, ni précisé le rôle des tuteurs et curateurs en ce domaine.

178. Ce silence du législateur n'est pas synonyme d'un vide législatif. La qualification de l'acte en cause suffit à exclure l'application des régimes civils de protection. La

contraception « artificielle » ne se limite pas à être un acte médical le plus souvent sans grande gravité. Il s'agit avant tout d'un acte éminemment personnel, en ce qu'il est l'expression par un individu de sa liberté de ne pas procréer. Par suite, il faut admettre que toute incapacité civile, même une tutelle, ne doit pas en principe être prise en compte en la matière. Retenir la solution inverse reviendrait à porter une atteinte injustifiée à la liberté de procréer des majeurs incapables.

179. L'intéressé peut donc décider seul d'une telle contraception, sous la condition, comme pour tout acte juridique, de pouvoir exprimer un consentement conscient. Il peut accéder librement à tous les modes de contraception, urgents ou non, avec prescription médicale[300]. Un pharmacien ne peut refuser de vendre un tel contraceptif au motif d'une incapacité civile. Le faible montant de l'achat permet de plus de le qualifier d'acte de la vie courante. De même, un médecin peut prescrire un tel médicament à un incapable majeur sans l'autorisation du tuteur ou du curateur. Il ne doit pas non plus les en avertir, au risque, à défaut, de porter atteinte au secret médical.

180. Seuls les contraceptifs intra-utérins, les diaphragmes et les capes, mais seulement selon l'analyse aujourd'hui contestable selon laquelle leur pose s'analyserait comme un acte médical grave[301], peuvent éventuellement ne pas relever de l'autonomie reconnue au majeur sous tutelle ou curatelle. Mais, même dans ce cas, son consentement reste essentiel dans la mesure où la contraception ne poursuit pas un but thérapeutique[302]. En effet, si les majeurs sous tutelle peuvent bénéficier d'un acte médical courant sans le consentement du tuteur, et donc se rendre seuls chez le médecin pour se faire prescrire un contraceptif hormonal, il en va différemment des actes graves[303]. En ce cas, l'assistance du curateur ou le consentement du tuteur autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille, est nécessaire[304].

---

[300] Sauf pour le NorLévo.
[301] *Cf*. *supra* § 161.
[302] *Cf*. article 16-3 du Code civil.
[303] V° Th. Fossier et M. Harrichaux : « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. Soc.* 1991, p. 1, spéc. p. 6 et s.
[304] En application des articles 450 et 495 combinés et 510 et 464 al. 3 du Code civil. Voir en ce sens la réponse ministérielle n° 41 249 du 19 janvier 1981 relative à l'I.V.G (JO AN CR du 22 mai 1981, p. 2234), développée *infra* § 339. Voir également le Rapport de Me D. Salomé et Me J.-Y. Camoz : « L'autonomie des personnes protégées », n° 55, 80e congrès des Notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles 27-30 mai 1984 ; Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne. L'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. Soc.* 1991, p. 13.

181. L'incapacité civile de l'intéressé n'est cependant pas toujours privée d'effet. Lorsque l'individu ne dispose pas de l'aptitude suffisante pour décider d'une contraception « naturelle » ou « artificielle », les personnes participant à sa protection sont les mieux à même de pallier cette carence. En l'absence de nécessité thérapeutique, le médecin ne peut en effet prendre seul une telle décision. Dans ces conditions, les tuteurs et curateurs retrouvent le pouvoir de décider de la contraception, dans l'intérêt de l'incapable. La contraception est alors « imposée » au majeur.

b) La contraception imposée au majeur sous tutelle ou curatelle

182. Dans certains cas, il faut admettre la possibilité d'imposer un contraceptif à un individu donc de le priver temporairement, à son insu voire contre son gré, de la liberté de procréer, et ce dans son intérêt. La difficulté réside alors dans l'appréciation de cet intérêt. S'il peut s'agir d'éviter le traumatisme d'une grossesse qui ne ferait qu'accentuer un état psychique déjà fragile, il est à craindre que la contraception poursuive un but plus proche de l'eugénisme lorsqu'il s'agit d'éviter la transmission de certains handicaps[305].

183. La contraception ne peut pas être imposée au majeur sous tutelle ou curatelle au seul motif de son incapacité civile. Elle peut en revanche l'être lorsque la preuve est rapportée que l'intéressé est hors d'état de décider de sa contraception alors qu'il a une vie sexuelle. Dans cette hypothèse, il est nécessaire qu'un tiers prenne en charge cette contraception, malgré le caractère éminemment personnel de l'acte. Les organes de la protection de l'incapable sont alors les mieux à même de répondre au souci de protection de l'individu, même si aucun texte ne leur donne expressément cette prérogative. Ils assurent en effet déjà la protection de la personne de l'incapable[306]. C'est pourquoi lorsque l'intéressé n'est pas en mesure de décider de sa contraception, celle-ci doit pouvoir être décidée par son tuteur. Par analogie à la solution retenue en matière d'actes médicaux graves, l'importance de cette décision qui porte atteinte à la liberté de procréer conduit à la soumettre à l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, au moins lorsqu'il s'agit d'une contraception non

[305] Sur ce point, voir V. Doumeng, *op. cit.*, n° 969.
[306] Cass. 1re civ, 18 avril 1989, *JCP G* 1990, II, 21467, note Th. Fossier ; Cass. 1re civ., 11 juin 1991, *JCP G* 1992, II, 21879, note Th. Fossier ; Cass. 1re civ, 24 février 1993, *D.* 1993, jurisp. p. 614 note Th. Verheyde pour une tutelle en gérance ; et CA Paris, 1re ch. Civ., 15 mars 1996, *JCP G* 1996, II, 22733, note Th. Fossier pour une tutelle sous forme d'administration légale.

urgente[307]. La difficulté posée par un majeur sous curatelle hors d'état de décider de sa contraception doit donner lieu à une solution différente. L'ouverture d'une tutelle est nécessaire. A nouveau cependant, l'urgence ne peut que conduire le curateur à décider seul de la contraception, à charge pour lui d'en informer ensuite le juge des tutelles et à solliciter l'aggravation de la mesure. Dans tous les cas, sauf urgence[308], l'intervention d'un médecin reste obligatoire. Et même en cas d'urgence, un avis médical attestant que le majeur sous curatelle ou sous tutelle n'est pas en mesure d'exprimer une volonté consciente et donc de décider de sa contraception, doit être sollicité par le tuteur ou le curateur, afin d'éviter une décision abusive.

184. Cette difficulté trouve une application particulière dans le cadre de l'hébergement en établissement des majeurs sous tutelle ou curatelle[309]. Il apparaît en pratique que de tels majeurs prennent souvent une pilule contraceptive, sans avoir conscience de la portée de cette médication[310]. De plus, l'administration de ce médicament n'est pas toujours effectuée par le personnel soignant, mais parfois par des travailleurs sociaux non habilités à le faire. Il est vrai que l'administration de la pilule contraceptive est parfois perçue comme un acte de la vie courante, comme « une aide à la prise apportée à une personne malade empêchée temporairement ou durablement d'accomplir certains gestes de la vie courante » [311]. Dans ce cas, cet acte peut être effectué par tout membre du personnel-encadrant suffisamment informé et formé. Pour le reste, qui ne relève pas des actes de la vie courante, seul le personnel soignant de l'établissement est compétent. Cette conception est discutable. La décision de donner un contraceptif, quel qu'il soit, à l'individu hors d'état de manifester une volonté libre et éclairée porte atteinte à sa liberté de procréer. Le recours aux organes de protection de l'incapable hors d'état de manifester sa volonté n'en paraît ainsi que plus nécessaire, afin de s'assurer de l'impossibilité du majeur de décider de sa contraception, de la nécessité d'y recourir, et de ne pas laisser l'établissement assumer seul cette responsabilité. Il est alors nécessaire de renforcer la collaboration entre le personnel de l'établissement et les tuteur et curateur. La question de la contraception doit être clairement posée au moment de l'entrée

[307] *Contra*, pour les contraceptifs hormonaux, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 973.
[308] C'est-à-dire pour le NorLévo.
[309] Voir notamment Rapport du CCNE, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996, in Les Cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, n° 8, juillet 1996, spéc. p. 8 et 10.
[310] Le développement des contraceptifs sous cutanés, tel l'Implanon, ne fait que renforcer cette diffculté.
[311] Voir la circulaire 99/320 DGS/DAS du 4 juin 1999, relative à la distribution de médicament, *RD sanit. Soc.* 1999, p. 807, obs. J.M. Lhuillier ; « La distribution de médicaments dans les établissements sociaux et médico-sociaux », *UNAPEI-Juris handicaps* 2005, n° 149, p. 3.

dans l'établissement, à l'occasion de l'élaboration d'un projet de vie individualisée[312] ou encore lors de la réunion du conseil de la vie sociale[313], afin d'éviter qu'une personne dépourvue de pouvoir en la matière prenne seule une telle décision.

185. Les majeurs sous tutelle ou curatelle, comme les mineurs, se voient ainsi assurer une liberté d'accès à la contraception, mais à la différence que celle-ci peut parfois leur être imposée par les personnes chargées de leur protection.

186. Ainsi, l'incapable, comme tout individu, peut ne pas procréer en décidant d'utiliser des contraceptifs. Seule l'impossibilité de décider de sa contraception alors qu'elle est nécessaire, plus exactement lorsque le majeur est hors d'état de manifester sa volonté et est placé sous tutelle, conduit à faire jouer le régime de protection. Il n'en est pas toujours de même en matière de stérilisation, qui se distingue de la contraception par son caractère définitif.

§ 2. La stérilisation de l'incapable

187. La stérilisation se définit comme la « suppression définitive, accidentelle ou intentionnelle, de la capacité de procréer, par des agents chimiques ou physiques, par l'excision des gonades, par la ligature des trompes utérines ou des canaux déférents (vasectomie) »[314]. Acte mutilant, elle se différencie ainsi de la contraception par son caractère irréversible[315]. Près de 30 000 stérilisations sont effectuées chaque année en France, souvent hors de la légalité[316]. D'après une enquête de l'institut national d'études démographiques (INED) rendue en 1994, près de 990 000 femmes en âge de procréer (de 20 à

[312] Décret n° 2005-223 du 11 mars 2005, JO n° 61 du 13 mars 2005, p. 4348.
[313] Article 10 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (JO n° 2 du 3 janvier 2002, p. 124) et décret n° 2004-287 du 25 mars 2004 relatif au conseil de la vie sociale et aux autres formes de participation (JO n° 2 du 3 janvier 2002, p. 124). Successeur du conseil d'établissement, il s'agit d'un lieu d'échange et d'expression sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de l'établissement ou du service dans lequel est accueillie la personne handicapée mentale. Lieu d'écoute, il a pour vocation de favoriser la participation des personnes handicapées.
[314] Le Grand Robert de la langue française, V° Stérilisation, sens 1.
[315] Ou quasi irréversible, lorsqu'une opération, mais non sans risque, peut mettre fin à la stérilité.
[316] *Cf.* rapport n° 2726 devant l'Assemblée nationale de Mme Martine Lignières-Cassou au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur le projet de loi (n° 2605) relatif à l'interruption de grossesse et à la contraception, *in* Travaux de la commission, examen des articles, Article additionnel après l'article 18, JO AN, 21 nov. 2000.

49 ans) ont déjà été stérilisées en France, soit 7,1 % des femmes, dont plus de la moitié dans un but contraceptif[317]. De même, près de 5 % des hommes dans le monde ont été stérilisés[318].

188. Deux types de stérilisation permettent à l'individu de ne pas procréer : la stérilisation à finalité thérapeutique et la stérilisation à finalité contraceptive. Objet d'une réforme récente en date du 4 juillet 2001[319], c'est surtout la stérilisation contraceptive qui soulève des difficultés.

189. Désormais, la stérilisation, même contraceptive, d'un incapable majeur peut être effectuée en toute légalité (A). Mais la possibilité d'avoir recours à cette contraception chirurgicale, en ce qu'elle exige le consentement de l'intéressé, peut conduire à tenir compte de son incapacité (B).

A) La licéité de la stérilisation d'un incapable

190. La licéité de la stérilisation, aisément admise lorsqu'elle poursuit un but thérapeutique, est le fruit d'une longue évolution lorsqu'elle est à finalité contraceptive. Les enjeux d'une telle intervention sont parfois proches de l'eugénisme et soulèvent des problèmes éthiques (1). Dans tous les cas, depuis le 4 juillet 2001, il est possible de stériliser un incapable dans un but thérapeutique comme dans un but contraceptif (2).

1. Les enjeux de la stérilisation contraceptive des incapables

191. Avant le 4 juillet 2001, toute stérilisation non thérapeutique était prohibée. L'incapacité de l'individu n'y changeait rien. La jurisprudence l'a expressément affirmé dès

[317] INED, enquête sur les situations familiales et l'emploi, mars 1994. Dans le même sens, voir « La stérilisation tubaire : enquête du collège national de gynécologues et obstétriciens français », *J. Gynécol. Obstét. Biol. ReproD.* 1994, 23 : 729-30, cité par F. Fresnel, « La stérilisation des handicapés mentaux », *Méd. & Droit* 1998, n° 31, p. 12.

[318] Rapport du CCNE, « La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive », 14 mai 1996, *in Les cahiers du Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 9, octobre 1996, p. 3, spéc. p. 4 et 5.

[319] Sur la nouvelle loi, voir notamment F. Bellivier et J. Rochfeld, « La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception » : *RTD civ.* 2001, p. 972 ; D. Bourgault-Coudevylle, « Commentaire de la loi I.V.G.-Contraception, 2e partie, *RJPF* 2001-10/11, p. 6 ; Th. Fossier et Th. Verheyde, « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs. L. n° 2001-588, 4 juill. 2001 » : *JCP G* 2001, Actualité p. 1477 ; F. Fresnel, « La stérilisation volontaire contraceptive », *D.* 2001, Interview, p. 2045, ; A. Boumaza, « La stérilisation contraceptive et le handicap mental après la loi du 4 juillet 2001 », *RD sanit. Soc.* 2002, p. 233.

1937, à propos de la célèbre affaire des « stérilisés de Bordeaux »[320], en faisant tomber de tels actes sous le coup de l'article 310 du Code pénal, c'est-à-dire l'infraction de coups et blessures volontaires. Plus récemment, la Cour de cassation, dans un avis du 6 juillet 1998 rendu à la demande du tribunal d'instance de Nontron[321], déclarait prohibée sur le fondement de l'article 16-3 du Code civil la ligature des trompes de Fallope d'une majeure protégée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives. A travers la protection de l'intégrité corporelle, la liberté de procréer de tout individu même civilement incapable était ainsi assurée.

192. Pourtant, certaines opinions contraires étaient exprimées. Notamment, le Conseil de l'ordre des médecins, dans une résolution du 28 janvier 1983, avait proposé d'autoriser la stérilisation contraceptive avec le consentement de l'intéressé et l'avis de son conjoint, après un délai de réflexion, pour des motifs très sérieux déconseillant fortement la grossesse. Dans le même sens, un arrêt de la 1re chambre civile du 9 mai 1983 retenant, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, la responsabilité des médecins ayant pratiqué une stérilisation non thérapeutique, a pu être interprété comme la marque de la licéité d'un tel acte avec un raisonnement simple : si la responsabilité est contractuelle, c'est que le contrat est licite[322]. De même, lors de l'adoption des lois bioéthiques, le sénateur Millaud avait proposé un amendement qui disposait que « toute femme a le droit de se faire ligaturer les trompes à une fin contraceptive. Les articles 309 et 310 du Code pénal ne sont pas applicables après consentement de l'intéressé »[323]. Plus spécifiquement pour les personnes handicapées, le comité consultatif national d'éthique, par un avis du 3 avril 1996[324] et soutenu sur ce point par

[320] Cass. crim., 1er juillet 1937 : *S.* 1938, 1, 193, note R. Tortat ; *DH* 1937, 537 ; *Gaz. Pal.* 1937, 2, 358 ; *Rev. Sc. Crim.* 1937, n° 2, p. 680, obs. J. Magnol.
[321] Cass., avis, 6 juillet 1998 : *Bull. civ.*, n° 10 ; *Dr. famille* nov. 1998, comm. n° 162, obs. Th. Fossier ; *RTD civ.* 1998, n° 2, p. 881, obs. J. Hauser ; *D.* 1998, IR, p. 208 ; *Petites affiches* n° 110 du 3 juin 1999, p. 20, note J. Massip et n° 134, p. 22, note R. Sefton-Green ; *Defrénois* 1999, art. 36947, n° 9, p. 314, obs. J. Massip. Voir également N. Raynaud de Lage, « A propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicapés mentaux », *Dr. famille* 2001, chron. n° 2.
[322] Cass. 1re civ., 9 mai 1983 : *JCP G* 1984, II, 20262, note A. Dorsner-Dolivet ; *D.* 1984, jurisp. p. 121, note J. Penneau. Voir également TGI Nancy, 7 novembre 1994 : *Gaz. Pal.* 1995, somm. p. 375, note J. Bonneau ; et Cass. 1re civ., 11 octobre 1988 : *JCP G* 1989, II, 21358, note A. Dorsner-Dolivet, qui ont retenu la responsabilité contractuelle du médecin pour avoir effectuer une stérilisation non thérapeutique sans le consentement de l'intéressé. V° également pour la responsabilité de l'établissement, CE 5e et 3e section, 29 janvier 1988, Mme Labidi : *JCP G* 1989, II, 21222, note G. Mémeteau.
[323] *JO* Sénat CR, 21 janvier 1994, p. 385. Il est à remarquer que cet amendement ne concernait bizarrement que le problème de la ligature des trompes et n'envisageait pas la vasectomie, ce qui amène à s'interroger sur le sérieux de cette proposition ; et voir l'étude de G. Mémeteau , « Remarques sur la stérilisation non thérapeutiques après les lois bioéthiques » : *JCP G* 1995, I, 3838.
[324] Avis n° 49 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé du 3 avril 1996, Les cahiers du CCNE, n° 8, juillet 1996, p. 3. Voir sur cet avis G. Mémeteau, « La contraception chez les

l'UNAPEI[325], a proposé de rendre possible leur stérilisation s'il s'agit de la seule méthode contraceptive possible, si l'intéressé est potentiellement fertile, a une activité sexuelle et est âgé de plus de 20 ans, son avis devant être recherché dans tous les cas.

193. Ces divergences révèlent l'importance de l'enjeu. La stérilisation non thérapeutique porte atteinte à l'intégrité physique d'un individu sans finalité curative et surtout affecte définitivement sa liberté de procréer. Elle est un acte d'une extrême importance, qui ne peut être effectué à la légère. Le consentement donné à l'intervention doit donc être certain, ce qui fait difficulté pour les personnes incapables[326].

194. Plus généralement, lorsque la stérilisation est envisagée pour une catégorie de personnes déterminées telle que les handicapés[327] ou les incapables, le procédé risque de relever de l'eugénisme. C'est la raison pour laquelle la question de la stérilisation est si délicate. Elle « traîne de lourdes charges idéologiques, dans la mesure où l'histoire de la stérilisation a souvent croisé celle des politiques eugénistes, y compris dans leurs dérives les plus graves »[328]. La stérilisation relève de l'eugénisme, plus exactement de l'eugénisme négatif, lorsqu'elle vise à empêcher la transmission de certaines tares héréditaires. La finalité thérapeutique d'une telle stérilisation ne peut être caractérisée. Le caractère curatif de la mesure ne bénéficie pas à l'individu stérilisé, qui peut même y être opposé, mais potentiellement à la société. Le comité consultatif national d'éthique l'a rappelé, en énonçant que « la justification thérapeutique d'une intervention envisagée essentiellement dans un but contraceptif paraît hautement discutable ; en tout état de cause, la déficience mentale ne saurait à elle seule fournir cette justification »[329].

195. La première loi imposant la stérilisation d'une catégorie d'individus dans un but eugénique a été promulguée en 1907 aux Etas-Unis dans l'Etat de l'Indiana et concernait les

---

personnes handicapées mentales. Commentaire de l'avis du CCNE n° 49 du 3 avril 1996 », *Méd. & Droit* 1998, n° 29, p. 15.

[325] Communiqué de presse de l'UNAPEI (Union nationale des associations de parents et amis de personnes handicapées mentales), 22 avril 1996 : *Tutelles infos* n° 97, p. 12.

[326] *Cf. infra* § 213 s.

[327] Voir le rapport n° 98011 de l'Inspection générale des affaires sociales « Sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées », présenté par M.-L. Leyardère, H. Strohl, B. Even, avec la collaboration de L. Salzberg, Mars 1998.

[328] Rapport du CCNE, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996, *in Les cahiers du Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 8, juillet 1996, p. 12.

[329] Avis n° 49 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé du 3 avril 1996, *Les cahiers du CCNE*, n° 8, juillet 1996, p. 3.

criminels, les « idiots » et les « imbéciles ». De nombreux Etats ont ensuite adopté des dispositions similaires. D'ailleurs, la Cour suprême, dès 1925, a estimé que ces lois étaient constitutionnelles. Mais ces idées ne se sont pas cantonnées au continent américain. Partout dans le monde, la première moitié du XX^{e} siècle a ainsi été propice au développement des théories eugéniques. En Allemagne notamment, une loi de Nuremberg a été adoptée le 14 juillet 1933 sur « la prévention de la transmission des maladies héréditaires ». Elle énonçait en son article 1er que « toute personne atteinte d'une maladie héréditaire peut être stérilisée au moyen d'une opération chirurgicale si, d'après les expériences de la science médicale, il y a lieu de croire avec une grande probabilité que les descendants de cette personne seront frappés de maux héréditaires graves, mentaux ou corporels »[330]. Tel était notamment le cas, aux termes de l'article 2 de la loi, de la débilité mentale congénitale, de la schizophrénie, mais aussi des malformations corporelles graves et héréditaires comme la cécité et la surdité. Dans ce cadre, selon les estimations, entre 200 000 et 400 000 stérilisations auraient été pratiquées en Allemagne entre 1934 et 1944[331].

196. Toutes ces lois sont aujourd'hui abrogées. Les théories eugénistes ont été abandonnées. Les lois autorisant la stérilisation des personnes handicapées et/ou incapables ne répondent plus à des finalités eugéniques[332], mais participent du souci de protection des plus faibles, en se substituant aux techniques classiques de contraception lorsqu'elles ne sont pas possibles. Tel est le cas de la législation française. D'ailleurs, l'article 16-4 du Code civil prohibe « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes ».

197. Le principal argument avancé pour faire stériliser une personne handicapée est son inaptitude à s'occuper d'un enfant. L'entourage de cet handicapé et notamment ses parents expriment également leur crainte d'avoir de nouveau à s'occuper d'un nouveau-né, et ce d'autant plus s'il est handicapé. Ainsi, si les théories eugéniques sont aujourd'hui écartées, les difficultés éthiques restent entières. L'incapacité civile ne doit en aucun cas être ici prise

---

[330] Cité par C. Bachelard-Jobard, *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, Coll. Partage du savoir, 2001, p. 58. Et voir R. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, LGDJ, 1939, n° 47 S. et A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, T. 21, p. 403.

[331] *Cf.* I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presse Universitaires de Bordeaux, 1995, p. 433 ; R. Bachelard-Jobard, *op. cit.*, p. 63.

[332] Voir par exemple en Afrique du Sud, la loi du 28 février 1975 relative à l'avortement et à la stérilisation et au Danemark la loi du 13 juin 1973 sur la stérilisation et la castration, qui justifient la stérilisation par le risque pour l'enfant d'être atteint d'une maladie ou d'une déficience héréditaire. Cité par V. Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Presses universistaires d'Aix-Marseilles, 2002, n° 989. Et voir A. Bernard et D. Siroux, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *in Les cahiers du CCNE*, n° 8, 1996, p. 18.

en compte. Elle n'est jamais synonyme d'inaptitude à assumer une fonction parentale. De même, à lui seul, le handicap ne présume pas non plus de cette inaptitude. C'est là que se situe l'enjeu de la stérilisation des incapables : il faut assurer leur protection en évitant une grossesse dont ils ne pourront assumer la charge à cause de l'altération de leurs facultés mentales, tout en respectant leur liberté de procréer et en évitant toute discrimination contraire à l'éthique. La stérilisation ne doit en aucun cas être comprise comme une mesure de protection des enfants « à naître » d'une personne handicapée. Ceux-ci n'existent pas juridiquement et ne peuvent pas faire l'objet d'une protection.

198. En affirmant la licéité de la stérilisation contraceptive d'un incapable, à côté de la stérilisation thérapeutique déjà admise, le législateur souhaite ainsi répondre au souci de protéger les plus faibles.

2. La possibilité de stériliser un incapable

199. Déjà admise lorsqu'elle poursuit un but thérapeutique (a), la licéité de la stérilisation a aussi été consacrée par la loi du 4 juillet 2001 lorsqu'elle est à finalité contraceptive (b).

a) La possibilité de stériliser un incapable dans un but thérapeutique

200. L'adjectif thérapeutique désigne ce « qui concerne l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir, à traiter les maladies », ce « qui soigne, tend à guérir d'un mal, d'un trouble (psychique, moral) »[333]. Un acte thérapeutique correspond ainsi à un acte curatif indispensable à la santé de la personne[334]. L'acte thérapeutique n'est pas préventif, il a pour objet de soigner la maladie et non de la prévenir. Par suite, la stérilisation doit être dite thérapeutique lorsqu'elle répond à un tel objectif.

201. Or il apparaît que la stérilisation ne poursuit jamais en elle-même un but curatif. La stérilisation thérapeutique n'existe pas. L'hystérectomie et la castration souvent données comme exemples, qui ont pour effet de stériliser l'individu et qui sont nécessitées par son état

[333] Le Grand Robert de la langue française, V° Thérapeutique, sens 1 et 2.
[334] Sur la notion d'acte thérapeutique Voir notamment D. Thouvenin, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle » : *D.* 1991, chron. p. 221 ; et surtout « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er du Code civil », *D.* 2000, chron. p. 485.

de santé, n'ont pas pour objectif de soigner la personne en la privant de son aptitude à procréer. La finalité thérapeutique recherchée est sans rapport avec la procréation. A titre d'exemple, la castration opérée dans le cadre du transsexualisme est la réponse médicale au syndrome dont souffre l'individu et n'a pas pour but de le priver de ses facultés reproductives. La stérilisation dite thérapeutique paraît alors n'être que la conséquence d'un autre acte dont la finalité thérapeutique est certaine.

202. Dans ces conditions, la stérilisation dite thérapeutique d'un incapable majeur ou mineur est licite si l'acte thérapeutique qui en est le support est licite. Elle relève des règles applicables aux actes thérapeutiques en général et plus précisément de l'article 16-3 du Code civil qui énonce qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'individu doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Par cette disposition, un acte à finalité thérapeutique peut être effectué par le médecin, avec ou sans le consentement de l'individu si celui-ci n'est pas apte à consentir. En l'absence de disposition sur ce point, l'incapacité civile de l'individu n'est pas un obstacle à la réalisation de la stérilisation, qui s'apparente à tout acte médical à finalité curative.

203. Néanmoins, certains auteurs procèdent par extension et qualifient de thérapeutiques les stérilisations effectuées pour éviter une rupture utérine en cas de grossesse, ou en conséquence de certaines pathologies lourdes ou d'intolérances totales aux contraceptifs locaux ou oraux[335]. Cette dénaturation de la notion de thérapeutique qui exclut en principe toute intervention préventive peut en effet se justifier : il est assez contradictoire de rejeter la qualification thérapeutique pour la stérilisation destinée à éviter une grossesse dont les effets dangereux pour la santé de la mère sont connus tout en la retenant pour l'interruption de cette grossesse. Dans ces conditions, une finalité thérapeutique peut être reconnue à la stérilisation en elle-même, dont la licéité est alors soumise au régime de l'article 16-3 du Code civil[336].

204. Dans tous les cas, le statut d'incapable ne saurait être le support de la nécessité thérapeutique. Autrement dit, l'incapacité civile n'est pas une cause thérapeutique. De même,

[335] Voir par exemple Th. Fossier, note sous Cass. Avis du 6 juillet 1998 : *Dr. famille* nov. 1998, comm. n° 162.
[336] Sur les indications psychiatriques de la stérilisation féminine, voir notamment A. Dorsner-Dolivet et J.-H. Soutoul, « La stérilisation humaine en pratique courante est toujours illicite », *Méd. & Droit* 1993, n° 2, p. 42

le handicap de l'individu, éventuelle cause de son placement sous un régime de protection, ne constitue pas un motif thérapeutique justifiant une atteinte portée à son intégrité physique. L'acte de stérilisation n'a pas pour objet de soigner ce handicap. Toutefois, les nombreuses stérilisations réalisées sur des personnes handicapées, placées sous un régime de protection ou non, démontrent la confusion souvent opérée entre le curatif et le contraceptif. Il est vrai « que l'on se situe, en matière de stérilisation préventive d'un malade mental, à l'intersection du curatif et du contraceptif. Le critère thérapeutique s'étire, il devient plus diffus, plus indirect. La tentation de l'eugénisme n'est pas loin »[337].

205. Condition de sa licéité, le consentement à une stérilisation dite thérapeutique est soumis aux articles 16-3 al. 2 du Code civil et 42 du Code de déontologie médicale, qui énoncent respectivement que « le consentement de l'individu doit être recueilli hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir » et que « un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires. Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible ». L'application combinée de ces deux dispositions soumet la stérilisation dite thérapeutique d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle ou curatelle à deux conditions. Tout d'abord, le consentement de l'individu doit être recueilli dans la mesure du possible, c'est-à-dire s'il est apte à consentir. Son éventuelle inaptitude ne se déduit pas de son incapacité civile. Un refus exprimé au terme d'une volonté éclairée ne peut être ignoré, sauf, comme pour tout individu, à caractériser une situation extrême et un pronostic vital[338]. Ensuite, le médecin doit s'efforcer de prévenir les représentants légaux et d'obtenir leur consentement à l'acte. Le curateur, qui ne représente pas le majeur incapable, doit cependant, dans un souci de protection et par analogie avec la solution retenue en matière d'I.V.G, être ici assimilé à un représentant légal et donc son consentement doit également être

[337] D. Thouvenin, « Les avatars de l'article 16-3 al. 1 du Code civil », préc.
[338] Voir CE, 26 octobre 2001 : *D.* 2001, IR 3253 ; *JCP G* 2002, II, 10025, note J. Moreau et I, 124, § 14 et s, obs. G. Viney ; *Petites affiches* n° 11 du 15 janvier 2002, p. 18, note C. Clément ; *RC ass.* Janv. 2002, comm. n° 6, note C. Guettier ; *RFD adm.* 2002, p. 146, concl. D . Chauvaux, p. 156 note D. de Béchillon ; *Dr. famille* avr. 2002, comm. n° 53, note J.-J. Frion ; *AJDA* 2002, p. 259, note M. Deguergue ; *RD sanit. soc.* 2002, p. 41, note L. Dubouis ; *RTD civ.* 2002, n° 3, p. 484, obs. J. Hauser. En l'espèce, la responsabilité des médecins pour avoir pratiqué un acte contre la volonté du malade n'a pas été retenue, cet acte étant indispensable à sa survie et proportionné à son état. Et *cf. infra* 348 s. et § 377 s.

recherché[339]. En effet, le terme de « représentant légal » ne doit pas être compris ici comme la personne dotée d'un pouvoir de représentation, mais désigne plus largement toute personne désignée pour participer à la protection d'un individu et qui tire ses pouvoirs de la loi[340]. A défaut de retenir une telle interprétation, le majeur sous curatelle se verrait reconnaître une autonomie dangereuse et contraire à la fois à l'esprit des articles 16-3 du Code civil et 42 du Code de déontologie et à la finalité des régimes de protection des majeurs. En matière de stérilisation thérapeutique, le système tend ainsi à un double consentement.

206. Le législateur est allé plus loin. Désormais, même sans finalité thérapeutique, la stérilisation est possible. La loi du 4 juillet 2001 permet en effet de stériliser un incapable pour un motif contraceptif.

b) La possibilité de stériliser un incapable dans un but contraceptif

207. En 1999 déjà, la modification de l'article 16-3 al. 1 du Code civil par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999[341], substituant au terme thérapeutique le terme « médical », permettant ainsi de porter atteinte à l'intégrité du corps humain en cas de nécessité médicale pour la personne avec son consentement, a pu être interprétée comme autorisant la stérilisation contraceptive[342]. Il est vrai que le sénateur F. Autain, auteur de l'amendement à l'origine de cette modification, avait pour objectif avoué de légaliser les stérilisations contraceptives[343]. En application de cette disposition, des stérilisations à finalité médicale et non plus seulement thérapeutique peuvent en effet être réalisées. Or le médical est plus large que le thérapeutique et peut englober les actes préventifs. La licéité de la stérilisation contraceptive dans le but d'éviter une paternité ou une maternité semble ainsi consacrée par le nouvel article 16-3 du Code civil. L'atteinte portée à la liberté de procréer et les difficultés liées à l'expression du consentement, notamment en cas d'incapacité de l'intéressé, ont cependant conduit le

[339] Pour plus de développements sur le consentement des représentants légaux à l'acte thérapeutique, Voir *infra* § 379.
[340] De même, *de lege ferenda*, dans l'hypothèse de l'instauration du mandat de protection future, il est prévu que l'article 472 futur du Code civil dispose que « le mandat peut en outre prévoir que la mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique confie au représentant d'une personne en tutelle ou à la personne de confiance ».
[341] JO n° 172 du 28 juillet 1999, p. 1129, art. 70.
[342] En ce sens voir la note du Conseil national de l'ordre des médecins : *Bull. ordre des médecins*, juin 2000, dans laquelle il apparaît que la modification de l'article 16-3 du Code civil conduit à rendre légale la stérilisation dès lors qu'elle est effectuée par un médecin, même sans finalité thérapeutique.
[343] JO Sénat CR 3 juin 1999, p. 3670.

législateur à préciser le régime applicable à ce type de stérilisation, par l'adoption d'un texte posant expressément le principe de sa licéité.

208. Tel est l'objet de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception[344]. Aux termes des articles L. 2123-1 et L. 2123-2 du Code de la santé publique, il est dorénavant possible de réaliser une ligature des trompes ou des canaux déférents dans un but contraceptif sur une personne majeure sous tutelle ou curatelle sous certaines conditions. Soumise en principe à « l'expression d'une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences », la stérilisation dite contraceptive peut aussi sur décision du juge des tutelles « être pratiquée sur une personne majeure[345] dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle (…) lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement »[346]. La stérilisation non thérapeutique sur une personne incapable majeure est donc aujourd'hui licite[347]. Elle a de plus été jugée compatible avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme[348], c'est-à-dire avec le droit de se marier et de fonder une famille reconnu par l'article 12 de la Convention et par l'article 23 du pacte international relatif aux droits civil et politique du 19 décembre 1966, avec la prohibition des traitements inhumains et dégradants prévue respectivement par les articles 3 de la Convention et 7 du Pacte, et avec le droit à une vie privée et familiale reconnue par l'article 8 de la Convention. Pour la haute juridiction, les dispositions de la loi du 4 juillet 2001 n'introduisent aucune discrimination au détriment des personnes majeures placées sous tutelle ou sous curatelle.

---

[344] JO n° 156 du 7 juillet 2001, p. 10823. Il convient ici de remarquer l'intitulé de la loi : relative à la contraception, elle comprend des développements sur la stérilisation, marquant ainsi la volonté du législateur de rapprocher le régime de ces deux actes malgré leur différence : l'importance de l'atteinte à l'intégrité physique n'est pas la même !

[345] La proposition de l'UNAPEI fixant l'âge limite à 20 ans n'a donc pas été retenue, ce qui peut paraître regrettable dans la mesure où il aurait été souhaitable de se donner le temps de mieux évaluer la situation. *Cf.* communiqué de presse de l'UNAPEI, 22 avril 1996, *Tutelles info* n° 97, p. 12. En ce sens, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 1000.

[346] Sur ce point, le législateur français s'est semble-t-il inspiré de la réforme opérée en Allemagne en 1990 : *cf.* § 1631 du BGB.

[347] Elle reste en revanche toujours exclue pour les mineurs. *Cf. infra* § 211.

[348] CE, 1re et 6e sous-section réunies, 26 septembre 2005 : *JCP* A 2005, act. 620, obs. M.-Ch. Rouault ; *JCP* G 2005, IV, 3299 ; *D.* 2005, p. 2550 ; *JCP* G 2005, I, 197, obs. L. Levoyer ; RD sanit. soc. 2005, p. 1060, obs. D. Cristol. En l'absence d'arrêt de la Cour européenne des droits del l'homme, cette décision de notre juridiction suprême ne doit cependant pas être comprise comme un brevet de conventionnalité.

209. Il apparaît alors que tous les incapables majeurs ne sont pas concernés par cette possibilité de stérilisation sur décision du juge des tutelles. Seuls les majeurs placés sous tutelle ou curatelle pour une altération de leurs facultés mentales relèvent de cette disposition. De plus, le législateur a fait le choix de renvoyer à la notion de handicap. Là encore, cette terminologie réduit le nombre d'incapables susceptibles de relever de la mesure. En effet, la notion de handicap ne semble pas inclure les personnes souffrant d'une maladie mentale passagère[349]. Le handicap ne paraît pas comporter l'idée d'une évolution possible[350]. Il est vrai que la stérilisation, marquée par un caractère définitif, n'a pas vocation à concerner les individus dont la pathologie est temporaire. Ainsi, seuls les incapables majeurs placés sous un régime de protection pour une déficience mentale à caractère définitif semblent faire l'objet de cette disposition spécifique permettant de les stériliser sur décision du juge des tutelles, parfois même sans leur consentement[351]. Les autres, c'est-à-dire les majeurs placés sous régime de protection du fait d'une altération de leurs facultés corporelles empêchant l'expression de leur volonté, ou du fait d'une maladie mentale, ou encore pour intempérance, oisiveté ou prodigalité, ne pourront cependant pas recourir à la stérilisation sous la seule condition de l'expression d'une « volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences », applicable à tout individu aux termes de l'article L. 2123-1 al. 1 du Code de la santé publique. Ils devront en plus se soumettre au droit commun des actes médicaux non thérapeutiques graves, c'est-à-dire obtenir l'autorisation du curateur ou du tuteur, lui-même autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille[352]. Et si la stérilisation n'est pas indispensable, c'est-à-dire lorsque son absence ne risque pas d'entraîner des conséquences graves pour la santé de l'incapable, le refus du tuteur y fait obstacle aux termes de l'article L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique. Cette catégorie d'incapables n'a cependant pas besoin pour accéder à la stérilisation de rapporter la preuve d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une

[349] La définition du handicap, retenue dans la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées » est en ce sens. Aux termes de l'article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles, « constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant », ce qui implique donc une emprise dans la durée.

[350] En ce sens, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 1000, p. 487.

[351] *Cf. infra* § 222 s.

[352] En application des articles 450 et 495 combinés et 510 et 464 al. 3 du Code civil. Voir en ce sens la réponse ministérielle n° 41 249 du 19 janvier 1981 relative à l'I.V.G (JO AN CR du 22 mai 1981, p. 2234), développée *infra* § 339. Voir également le Rapport de Me D. Salomé et Me J.-Y. Camoz : « L'autonomie des personnes protégées », n° 55, préc. ; Th. Fossier et M. Harichaux, , art. préc., p. 13.

impossibilité de les mettre en œuvre efficacement, et surtout les père et mère ou les représentants légaux ne peuvent pas être à l'initiative de la demande.

210. Dans le même sens, la possibilité de stériliser un incapable sur décision du juge des tutelles se limite aux hypothèses dans lesquelles il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité de les mettre en œuvre efficacement. Aujourd'hui, au regard des nombreuses techniques possibles de contraception respectueuses de l'intégrité physique de l'individu, ce type de stérilisation semble avoir une portée limitée. La stérilisation ne peut toujours pas être imposée à un majeur incapable au seul motif de tranquilliser son entourage, dès lors que des moyens de contraception tels que la pilule ou l'injection trimestrielle d'hormones sont possibles.

211. Dans tous les cas, aux termes des articles L. 2123-1 et L. 2123-2[353] du Code de la santé publique, la stérilisation non thérapeutique est toujours exclue pour les mineurs, même s'ils sont consentants. Il s'agit ici de respecter la liberté de procréer des mineurs. Cette prohibition se justifie car leur faiblesse est toujours temporaire alors que la stérilisation est en principe irrévocable. Par suite, il convient d'entendre par « mineur » aussi bien les mineurs non émancipés que les mineurs émancipés[354]. La stérilisation se détache ici du régime de l'incapacité civile. Cependant, il est possible de retenir la notion d'incapacité pour qualifier la situation du mineur face à la stérilisation : tout individu de moins de 18 ans est irréfragablement présumé ne pas être apte à consentir à une stérilisation à visée contraceptive. Dans ces conditions, le respect de la liberté de procréer du mineur de 18 ans passe par l'instauration d'une incapacité de droit en ce qu'elle présume son impossibilité de consentir à sa stérilisation, mais distincte de l'incapacité civile tirée du statut de mineur non émancipé, comme le montre la confusion opérée avec la situation du mineur émancipé.

212. Interdite au mineur mais accessible au majeur incapable, la stérilisation contraceptive laisse alors une grande place au consentement à l'acte, qu'il soit exprimé par l'intéressé ou par représentation.

---

[353] Le législateur effectue ici une répétition inutile, qui révèle cependant la force de sa volonté de prohiber la stérilisation contraceptive d'un mineur.

[354] En ce sens, l'article L. 2123-1 du Code de la santé publique, après avoir exclu la stérilisation pour les mineurs, ne l'envisage que pour les « personnes majeures ». Autrement dit, toute personne non majeure, c'est-à-dire mineure de 18 ans émancipée ou non, ne peut être stérilisée dans un but contraceptif.

B) Le consentement à la stérilisation contraceptive d'un incapable majeur

213. La stérilisation non thérapeutique d'un incapable majeur reste en principe soumise à une condition de consentement, et ce même lorsque son placement sous un régime de protection est justifié par une altération de ses facultés mentales, constitutive d'un handicap. Ce consentement doit si possible être exprimé par l'incapable lui-même (1). Lorsque l'incapable n'est pas apte à exprimer une telle volonté, une interprétation du nouveau texte conduit cependant à autoriser la stérilisation, à la demande des parents ou représentants légaux (2).

1. Le consentement exprimé par l'incapable majeur

214. Aux termes de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique relatif à la stérilisation contraceptive, le consentement du majeur « dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou curatelle » mais qui est apte à exprimer sa volonté, doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Le juge des tutelles peut être saisi par la personne concernée elle-même. Deux principes coexistent donc ici : l'intéressé peut lui-même solliciter sa stérilisation sous la condition d'obtenir une décision du juge des tutelles, ce qui révèle le souci d'assurer le respect de sa liberté de ne pas procréer (a), et son consentement est en principe nécessaire, ce qui révèle cette fois le souci de respecter sa liberté de procréer (b).

a) La stérilisation demandée par l'incapable majeur

215. Aux termes du premier principe, « l'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée (…) ». En permettant à l'incapable de solliciter lui-même sa stérilisation, le législateur lui assure l'exercice de sa liberté de ne pas procréer. Lors des débats parlementaires, certains ont même parlé de « droit à la sexualité » et de « droit à avoir une vie sexuelle sans conséquence »[355]. Sous la condition de l'expression d'un certain consentement et de l'intervention du juge des tutelles, la personne majeure incapable dont les facultés mentales sont déficientes peut décider de se faire stériliser, comme

[355] *JO*AN CR, 30 novembre 2000, p. 9645 et 9646 : propos tenus par Mme le rapporteur M. Lignières-Cassou et Mme le Secrétaire d'Etat à la santé et aux handicapés D. Gillot, en réponse à Mme le député C. Boutin.

tout individu. La seule différence avec le droit commun réside dans l'obligation de rapporter la preuve de la nécessité de cette stérilisation, c'est-à-dire de la contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou de l'impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement et, surtout, dans l'intervention obligatoire du juge des tutelles.

216. La nécessité d'obtenir une décision judiciaire peut alors conduire à s'interroger sur l'influence du régime des incapacités en la matière. En effet, le majeur « dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou curatelle » ne relève pas du régime de droit commun, dans lequel l'individu peut accéder à la stérilisation sous la seule condition de l'expression d'un consentement libre, motivé et délibéré. Le législateur limite son autonomie. Il donne ici au juge des pouvoirs que la jurisprudence lui refusait : une ordonnance du juge des tutelles de Rennes du 15 septembre 1989 avait affirmé que « si le tuteur et le juge des tutelles ont mission de gouverner la personne du majeur protégé, ils ne tiennent pas de la loi le pouvoir précis d'ordonner une stérilisation gynécologique »[356]. Aujourd'hui, la stérilisation non thérapeutique sur un majeur placé sous tutelle ou curatelle au motif de ses déficiences intellectuelles est toujours subordonnée à une décision du juge des tutelles[357]. De manière surprenante, il s'agit d'une décision et non d'une autorisation, ce qui tend à aller au-delà d'une simple mission d'assistance, pourtant seule ici envisageable dès lors que l'intéressé peut exprimer son consentement. Toutefois, le rôle donné au juge des tutelles, s'il révèle la protection spécifique accordée à l'individu sous tutelle ou curatelle dont les facultés mentales sont déficientes, démontre surtout le régime dérogatoire de la stérilisation contraceptive face aux règles de l'incapacité civile. En effet, il y a ici « une sorte d'éviction des structures de l'incapacité »[358] : la tutelle et la curatelle relèvent de règles identiques, le conseil de famille est totalement absent et les parents peuvent être à l'origine de l'opération nonobstant leur absence de pouvoir sur l'incapable majeur. De cette éviction, il faut déduire le faible rôle de l'incapacité civile dans la protection du majeur sous tutelle ou curatelle en matière de stérilisation dite contraceptive. Le régime de la tutelle ou de la curatelle n'est pas mis en œuvre. L'incapacité civile ne joue donc pas réellement de rôle en matière de stérilisation dite contraceptive d'un majeur sous tutelle ou curatelle.

---

[356] Ord. Juge des tutelles Rennes, 15 septembre 1989, citée par Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical » : *RD sanit. soc.* 1991, p. 1, spéc. p. 2.

[357] C'est également le cas de plusieurs législations étrangères : Loi du 13 juin 1973 au Danemark ; Loi du 31 janvier 1985 en Finlande ; Loi du 12 septembre 1990 entrée en vigueur le 1er janvier 1992 en Allemagne.

[358] J. Hauser, « Le consentement aux soins des majeurs protégés » : *Petites affiches* 19 mars 2002, n° 56, p. 4.

217. Cette dernière idée est cependant nuancée par le fait que l'incapable majeur placé sous tutelle ou curatelle pour un motif autre qu'une « altération de ses facultés mentales constituant un handicap » reste soumis au droit commun de l'incapacité civile[359]. Ce sont donc seulement certaines causes de l'incapacité civile qui sont prises directement en compte par le législateur pour mettre en place un régime spécifique. Mais même dans ce cas, l'impossibilité de consentir ne saurait être présumée : la preuve de l'inaptitude à exprimer sa volonté doit être rapportée pour que la stérilisation puisse être effectuée sans son consentement[360]. Il s'agit là du régime de l'incapacité naturelle. Le législateur a voulu renforcer le rôle du juge des tutelles pour certaines catégories de majeurs tout en assurant au mieux le respect de leur liberté de procréer, dans son aspect positif comme dans son aspect négatif.

b) La nécessité du consentement exprimé par l'incapable majeur

218. Aux termes du second principe, le consentement de l'incapable majeur dont « l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou curatelle », s'il est apte à manifester sa volonté, « doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement ». Autrement dit, s'il est apte à manifester sa volonté, l'incapable doit toujours consentir à sa stérilisation contraceptive. Mais surtout en ce cas, son refus fait obstacle à ce type de stérilisation. L'aptitude à exprimer sa volonté permet ainsi à l'individu majeur incapable d'exercer sa liberté de procréer en refusant les atteintes qui peuvent y être portées. Le consentement est au cœur du dispositif et l'incapacité civile ne présume pas ici l'impossibilité d'exprimer son consentement. Cette solution n'est que l'application des principes déontologiques relatifs aux actes médicaux. L'article 36 al. 1 du Code de déontologie médicale énonce en effet que « le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas ». Avant la réforme déjà, la jurisprudence énonçait que la stérilisation est un acte important, susceptible de répercussion tant sur la vie personnelle de l'intéressé que sur sa vie de couple, et exige en conséquence un consentement

[359] *Cf. supra* § 209.
[360] *Cf. infra* § 222 s.

éclairé[361]. Ainsi, le respect de la liberté de procréer de l'incapable est assuré ; il ne peut être contraint à subir une stérilisation contraceptive s'il est apte à exprimer sa volonté.

219. L'article L. 2123-2 du Code de la santé publique précise également que le consentement exprimé par le « majeur dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou curatelle » ne peut l'être que si lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Ce principe n'est qu'une application de l'exigence d'un consentement éclairé qui bénéficie à tout individu[362]. En ce sens, la jurisprudence a pu énoncer que le consentement n'est éclairé que si l'intéressé a bénéficié « d'une information simple, approximative, intelligible et loyale, le médecin devant tenir un langage à la portée du malade, c'est-à-dire approprié à ses capacités intellectuelles »[363]. De même, l'article 41 du code de déontologie médicale dispose que « aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ». C'est en fonction de l'état du patient et non de son incapacité civile que le médecin va adapter son information. L'information doit être adaptée au degré de compréhension de l'intéressé, non au régime de l'incapacité dont il bénéficie. Il apparaît donc de nouveau ici que le respect de la liberté de procréer de l'incapable passe outre les règles de l'incapacité, mais relève du régime général du consentement aux actes médicaux.

220. Ainsi, lorsque la stérilisation de l'incapable majeur, sous tutelle ou curatelle, dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap, est réalisée à la demande des père et mère ou du représentant légal de la personne concernée, la liberté de procréer est manifestement limitée. Le système mis en place permet *a priori* aux parents et au représentant légal d'un majeur incapable de décider pour lui de son intérêt à ne pas procréer. Cependant, en principe, le consentement de l'intéressé est toujours nécessaire. S'il est apte à exprimer sa volonté, il ne peut être possible de le représenter dans l'expression de ce consentement. Il importe peu de déterminer si le consentement à la stérilisation doit être qualifié d'acte ou de

[361] Cass. crim., 6 février 2001 : *Bull. crim.*, n° 33, p. 87. En l'espèce, l'intervention consistait en la pose de clips destinés à bloquer le processus de procréation, que le prévenu a effectué en même temps qu'une ablation d'un kyste de l'ovaire. Bien qu'effectuée en même temps qu'un acte thérapeutique, la stérilisation ne poursuivait pas un tel but et exigeait donc un consentement libre et éclairé.

[362] Voir sur ce point, F. Alt-Maes, « Rapport de Synthèse. Acte du colloque sur le consentement aux actes médicaux » : *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 45.

[363] Cass. 1re civ., 21 février 1961 : *D.* 1961, jurisp. p. 534 ; Cass. 1re civ., 5 mai 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. p. 352 ; CA Paris, 12 janvier 1996 : *Gaz. Pal.* 1996, jurisp. p. 407, note J. Bonneau.

fait juridique[364] : le législateur a envisagé pour sa validité une solution qui repose sur le droit commun, sans faire jouer la présomption d'absence de consentement posée par les incapacités civiles.

221. L'exigence du consentement de l'intéressé n'est cependant pas absolue. Privé de l'aptitude à exprimer sa volonté, une personne majeure sous tutelle ou curatelle ne peut refuser ou consentir à une telle stérilisation. En ce cas désormais, la stérilisation semble pouvoir être effectuée sans le consentement de l'intéressé.

2. La stérilisation effectuée sans le consentement de l'incapable majeur

222. Aux termes de l'article L. 2123-2 al. 3 du Code de la santé publique, « si [la personne concernée] est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement ». Par suite, il est possible de s'interroger sur la possibilité d'interpréter l'alinéa 3 de cet article *a contrario*. Dans cette perspective, lorsque l'incapable handicapé mental sous tutelle ou curatelle n'est pas apte à exprimer sa volonté, il serait permis de ne pas rechercher son consentement ou au moins de ne pas le faire systématiquement, voire de passer outre son refus.

223. Une telle interprétation n'a pas encore été retenue par la jurisprudence. Rien ne semble cependant s'y opposer[365]. Il ne peut être justifié de respecter la liberté de ne pas procréer des incapables aptes à exprimer leur volonté, tout en privant de ce respect les incapables qui ne peuvent exprimer leur volonté. L'atteinte à leur liberté de procréer répond alors en effet au souci d'assurer leur intérêt à ne pas procréer, dont on suppose qu'ils l'auraient exprimé s'ils étaient aptes à le faire. En ce sens, le Conseil constitutionnel a pu énoncer que les personnes concernées par cette disposition « sont dans une situation telle qu'elles ne peuvent choisir de manière entièrement libre ni leur sexualité ni un projet parental

[364] Voir sur ce point L. Guignard, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil » : *RRJ.* 2000-1, p. 45, spéc. p. 53.
[365] Voir cependant la circulaire DGS/DS G D n° 2003-71 du 13 février 2003, *BOMASTS* n° 2003/09 du 15 mars 2003, qui semble envisager, mais sans rien affirmer, que « en tout état de cause », le refus de la personne protégée fait obstacle à l'intervention, c'est-à-dire même si le refus émane d'une personne qui ne peut exprimer une volonté consciente, et ce même s'il existe une contre-indication absolue aux méthodes contraceptives ou une impossibilité avérée de la mettre en œuvre de façon efficace.

et qu'il s'agit en outre de personnes que leur faiblesse expose aux agressions sexuelles »[366]. Le fait qu'une catégorie d'incapables, dont l'altération des facultés s'inscrit dans la durée, relève d'un régime spécifique prend ici tout son sens.

224. L'atteinte à leur liberté de procréer doit donc répondre à leur intérêt. Il peut s'agir d'éviter une grossesse, dont les effets sur la santé physique ou psychologique de l'incapable seraient graves. Il peut *a priori* aussi s'agir d'éviter une paternité ou une maternité, dont les effets seraient préjudiciables pour l'incapable. Dans cette dernière hypothèse, la stérilisation contraceptive d'un incapable qui n'est pas apte à exprimer sa volonté peut cependant paraître plus critiquable : il est difficile d'affirmer qu'il est préjudiciable de donner la vie[367]. C'est pourquoi l'intervention du juge des tutelles est essentielle. Il lui appartient de vérifier l'impossibilité pour l'individu d'exprimer sa volonté, et l'intérêt de l'opération. Sur ce dernier point, le comité d'experts instauré par la nouvelle loi[368], composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées devrait être important : il a pour mission d'apprécier « la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ». Tous les éléments doivent être pris en compte. Une opposition exprimée auparavant à un tel acte par l'intéressé alors qu'il était en état de le faire devrait faire obstacle à l'intervention. Le juge des tutelles et le comité d'experts se doivent de rechercher tous les indices permettant de définir quelle aurait été, selon de fortes probabilités, la position de l'intéressé s'il avait pu exprimer une volonté consciente.

225. Ainsi, par une interprétation *a contrario* de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique, la stérilisation préventive peut se passer du consentement de l'individu, tout en justifiant l'atteinte à son intégrité physique.

226. Le régime applicable aux mineurs et aux majeurs sous tutelle ou curatelle dans le domaine de la contraception et de la stérilisation révèle ainsi le principe de l'absence d'effet de l'incapacité civile en ces matières. L'incapable peut ne pas procréer et peut le décider lui-même s'il est apte à exprimer une volonté consciente. Il faut respecter sa liberté de ne pas

[366] C. const., décision n° 2001-449 du 4 juillet 2001 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.
[367] Cette difficulté se retrouve en matière d'interruption volontaire de grossesse. *Cf. infra* § 347 s.
[368] Article L. 2123-2 al. 5 du Code de la santé publique.

procréer comme sa liberté de procréer, indépendamment du régime des incapacités, en faisant appel à un ensemble de mesures spécifiques adaptées à sa situation.

227. La place faite à la mise en œuvre du régime de protection de l'incapable se renforce en cas de grossesse. Si le principe reste celui de l'absence d'effet direct de l'incapacité civile, l'incapacité naturelle joue alors un rôle important.

CHAPITRE 2 : L'INCAPABLE EN ÉTAT DE GROSSESSE

228. La grossesse est « l'état d'une femme enceinte de la conception à l'accouchement »[369]. Durant cette période, de nombreux actes de nature et d'importance variées peuvent être effectués par l'incapable.

229. Lorsque la femme incapable poursuit sa grossesse, elle bénéficie comme toute future mère d'un dispositif de suivi médical. Les causes de son incapacité exigeraient cependant une intervention législative pour mettre en place une surveillance adaptée voire renforcée. De même, lorsque la femme incapable souhaite interrompre sa grossesse, l'importance de cette décision, qui met fin au projet parental ou répond au refus de maternité, est mal appréhendée par le législateur, lequel a précisé le régime applicable aux mineures sans envisager le sort des majeures protégées. Des solutions peuvent toutefois être proposées.

230. Il convient donc d'étudier successivement la grossesse de l'incapable (Section 1) et l'interruption de la grossesse de l'incapable (Section 2).

Section 1 : La grossesse de l'incapable

231. Lorsqu'une femme décide de mener sa grossesse à terme, elle bénéficie au cours de celle-ci d'un dispositif de surveillance. La mise en œuvre de ce dispositif, destiné à assurer la protection de la future mère et de l'enfant à naître, est parfois influencée par l'incapacité de cette femme. Les mesures de surveillance de la grossesse peuvent en effet s'adapter à son incapacité, sans cependant apporter une réelle limitation aux droits et obligations de toute femme enceinte (§ 1). *De lege ferenda*, il serait même souhaitable que l'incapacité conduise à la mise en place d'un contrôle renforcé de la grossesse (§ 2).

[369] Le Grand Robert de la langue française, V° « Grossesse ».

§ 1. La surveillance normale de la grossesse : les examens prénataux

232. Aux termes de l'article L. 2122-1 du Code de la santé publique, « toute femme enceinte bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte, en particulier, des examens prénataux (…) ». Toute femme enceinte est ainsi amenée à effectuer différents actes pendant sa grossesse, principalement de deux sortes : elle doit tout d'abord déclarer sa grossesse (A) et peut ensuite, voire doit, se soumettre à un certain nombre d'examens médicaux (B).

A) La déclaration de grossesse

233. Aux termes de l'article R. 534-1 du Code de la sécurité sociale, « une déclaration de grossesse doit être produite dans les quatorze premières semaines de la grossesse ». Elle « est attestée par le document médical prévu à cet effet, constatant la passation du premier examen prénatal et la date de celui-ci ». La déclaration doit se distinguer de l'acte médical qui en est le support nécessaire. Elle s'analyse principalement comme un acte patrimonial et plus exactement comme un acte d'administration (1), pour lequel l'incapacité civile de la future mère joue (2).

1. La qualification d'acte d'administration de la déclaration de grossesse

234. La déclaration de grossesse doit être effectuée auprès de la caisse primaire d'assurance maladie ou de la caisse des allocations familiales selon que les conditions d'attribution de l'assurance maternité sont ou non remplies[370]. En pratique, elle s'effectue par l'envoi d'un feuillet justifiant du premier examen prénatal.

235. La déclaration est un acte distinct de l'examen médical. Elle revêt donc une nature différente. En effet, cette manifestation de volonté a pour objet de permettre à la caisse saisie de verser les prestations. Il s'agit d'un acte juridique à finalité patrimoniale et non personnelle, à l'inverse de l'examen médical qui touche à la personne de la femme enceinte. Ce qui est personnel dans l'acte de déclaration, c'est la situation révélée. Mais cette situation n'est que dévoilée par l'acte : la grossesse existe déjà en fait au moment de la déclaration. En

[370] Article R. 534-1 du Code de la sécurité sociale.

d'autres termes, la déclaration de grossesse est un acte déclaratif et non constitutif. Derrière cet effet purement déclaratif apparaît la véritable nature de l'acte, lequel a pour objet la gestion du patrimoine, puisque le versement de prestations sociales est sollicté afin d'éviter l'appauvrissement de l'incapable. Or c'est au regard de l'objet principal de l'acte que s'effectue la classification entre les actes patrimoniaux et les actes personnels. Si cet objet est de produire des effets d'ordre économique, comme par exemple l'octroi de prestations sociales, il relève de la catégorie des actes patrimoniaux.

236. L'acte est donc relatif au patrimoine. Mais cette nature ne suffit pas à déterminer les effets de l'incapacité de l'individu sur cette déclaration. Il faut aussi se référer à sa finalité et à ses répercussions économiques pour classer l'acte dans une des catégories existantes : actes conservatoires, d'administration ou de disposition. La déclaration a pour objet d'assurer la gestion normale du patrimoine, plus exactement de le faire fructifier en obtenant de nouvelles ressources. Par suite, elle doit être qualifiée d'acte d'administration, qui se définit comme une « opération de gestion normale, [un] acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur d'un patrimoine (…) »[371]. La simplicité apparente de l'acte pourrait même *a priori* conduire à retenir une qualification d'acte de la vie courante[372], mais ce serait oublier ses répercussions sur le patrimoine de la future mère : le versement des prestations conditionnées par la déclaration est souvent essentiel aux finances des familles.

237. Cette qualification d'acte d'administration est importante. Elle signifie que la déclaration de grossesse ne relève pas de la catégorie des actes extra-patrimoniaux et de l'autonomie de l'incapable qui y est pour l'essentiel attachée. Le régime de protection de la future mère va alors s'appliquer.

2. Les effets de l'incapacité sur la déclaration de grossesse

238. La présomption d'absence de consentement posée par le régime d'incapacité civile produit ses effets en la matière. Ainsi, si la femme est placée sous tutelle, elle ne peut

[371] G. Cornu, *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, V° « Administration (acte d') », II - Sens 2. Et pour une étude de la notion, voir R. Verdot, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, LGDJ, 1963, T. 40.
[372] Voir sur ce point J.-C. Montanier, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP G* 1982, I, 3076.

effectuer seule un acte d'administration[373] et donc ne peut effectuer elle-même cette déclaration de grossesse, sous peine de nullité relative. Elle doit être représentée. Il en de même pour les mineures[374]. Toutefois, si la future mère mineure fait seule la déclaration, celle-ci ne peut être que rescindée pour lésion[375]. Or cette lésion paraît en pratique ne pas pouvoir être caractérisée dans la mesure où la déclaration a pour objet d'obtenir des prestations. La majeure sous curatelle peut quant à elle faire seule un acte d'administration et donc la déclaration de grossesse, laquelle ne peut être remise en cause que pour lésion ou excès, ce qui, à nouveau et pour les mêmes raisons, paraît peu probable[376].

239. Cet effet de l'incapacité présumée peut *a priori* paraître critiquable. Une certaine atteinte semble être portée à la liberté que doit connaître toute femme pour ce qui relève de sa grossesse, et ce d'autant plus lorsque la déclaration est effectuée par représentation. Mais il ne s'agit que d'une apparence. Il ne faut pas remettre en cause ce système : la grossesse n'est pas l'objet de l'acte. Il s'agit bien d'un acte patrimonial, soumis au régime des actes patrimoniaux en matière d'incapacité, pour lesquels la représentation et *a fortiori* l'assistance ne sont pas contestables. Il n'est en aucune façon porté atteinte à la liberté reconnue à tout individu, même incapable, relativement à la procréation. De plus, la pratique s'éloigne souvent des règles des régimes de protection. La déclaration de grossesse est régulièrement envoyée par l'incapable, même sous tutelle, avec l'aide du médecin qui vient d'effectuer le premier examen médical. L'essentiel réside alors dans le fait que les parents, tuteurs ou curateurs en soient informés, en étant par exemple les destinataires du « guide de surveillance médicale de la mère et du nourrisson » qui récapitule tous les examens à faire pendant la grossesse et après la naissance jusqu'au troisième mois de l'enfant et permet, par un jeu d'étiquettes à coller sur les feuilles de maladie, le remboursement à 100 % des différents examens.

240. Si l'incapacité civile joue par elle-même, l'incapacité naturelle n'est pas non plus privée d'effet en soi. La preuve de l'impossibilité d'exprimer un consentement conscient peut donc toujours permettre de revenir sur la déclaration de grossesse. Ainsi, lorsque la femme

[373] Article 502 du Code civil.
[374] Articles 456, 389-3 et 389-4 du Code civil.
[375] Déduite des articles 1305 et 1311 du Code civil, cette règle est de jurisprudence constante depuis Cass. civ., 18 juin 1844 : *S.* 1844, 1, 497, note L.-M. Devill. Voir par exemple TI Montmorillon, 19 mai 1982 : *JCP* G 1984, II, 20219, note J.-C. Montanier ; Cass. 1re civ., 4 novembre 1970 : *Bull. civ.* I, n° 294 ; *D.* 1971, jurisp. p. 186 ; *JCP* G 1971, II, 16631. Voir en ce sens J. Massip, *Les incapacités*, Defrénois, 2002, n° 130 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, T. 1, 2e éd. par R. Savatier, LGDJ, 1952, n° 290 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 611.
[376] Article 510-3 du Code civil.

n'a pas été préalablement placée sous un régime civil de protection, elle est la seule à pouvoir effectuer cette déclaration de grossesse. Mais s'agissant d'un acte juridique et nonobstant son apparente simplicité, la future mère doit être apte à exprimer un consentement conscient au moment de la déclaration, c'est-à-dire disposer de la capacité naturelle. A défaut, la déclaration sera nulle, d'une nullité relative[377]. A nouveau cependant, la mise en œuvre de cette nullité n'est que théorique, dès lors que l'acte répond à l'intérêt de l'incapable.

241. Dans tous les cas, les déclarations de grossesse ne sont que les prémices des mesures de surveillance de la grossesse. La mère peut, voire doit, également se soumettre à un certain nombre d'examens médicaux.

B) Les examens médicaux

242. Deux types d'examens peuvent être réalisés. Le premier regroupe sept examens prénataux, lesquels conditionnent le versement des prestations de l'assurance maternité[378], ce qui les rend indirectement obligatoires (1). Le second réside dans un examen facultatif, le diagnostic prénatal, pour lequel l'incapacité de la mère peut soulever d'importantes difficultés (2).

1. Les examens prénataux

243. Aux termes de l'article 2 du décret n° 92-143 du 14 février 1992 relatif aux examens obligatoires prénuptial, pré et postnatal, les examens médicaux obligatoires des femmes enceintes prévus à l'article L. 2122-1 du Code de la santé publique sont au nombre de sept pour une grossesse évoluant jusqu'à son terme. Le premier examen médical prénatal doit avoir lieu avant la fin du troisième mois de grossesse. Les autres examens doivent avoir une périodicité mensuelle à partir du premier jour du quatrième mois et jusqu'à l'accouchement. Lors de ces examens doivent être notamment effectuées des échographies et des prises de sang pour la détermination des groupes sanguins ou le dépistage de maladie comme la syphilis ou la rubéole[379].

[377] Article 1304 du Code civil.
[378] Article R. 534-4 du Code de la sécurité sociale.
[379] Article 3 du décret du 14 février 1992.

244. Ces examens médicaux sont sans nul doute des actes à caractère personnel. Le contrat médical qui en est le support est l'un des contrats dont le contenu « moral, affectif et psychologique est le plus riche »[380]. L'acte médical dont il est question ne correspond pas à un acte thérapeutique : les examens prénataux répondent à une finalité non pas curative mais préventive. Par suite, tout individu doit en principe y consentir[381]. L'article 42 du Code de déontologie, qui impose au médecin appelé à effectuer un acte curatif sur un mineur ou un majeur protégé de s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement, ne s'applique donc pas. Pour autant, le caractère personnel de l'acte ne suffit pas à exclure toute représentation ou assistance dans le consentement à donner. Une classification est nécessaire.

245. Le triptyque des actes conservatoires, d'administration et de disposition n'est pas transposable en matière personnelle. Il ne faut pas se référer à la finalité de l'acte ou à ses répercussions économiques, mais à son caractère plus ou moins usuel. Ainsi, en matière d'acte extrapatrimonial, il est utile d'opposer l'acte usuel, c'est-à-dire l'acte dont l'exercice est facile et habituel pour l'intéressé, à l'acte grave, qui revêt un caractère exceptionnel. Le Professeur Frédéric Vauvillé définit l'acte usuel de l'autorité parentale par un double critère cumulatif : la normalité et la fréquence, tout en privilégiant le critère de la normalité, c'est-à-dire la notion de gravité[382]. Il ne faut cependant pas confondre cette distinction avec celle pouvant être opérée entre les actes bénins et les actes graves. La gravité[383] n'est pas en la matière relative aux conséquences de l'acte pour l'individu lui-même, toujours difficile à déterminer : « il serait hasardeux de distinguer entre l'acte bénin et l'acte grave car l'acte, apparemment bénin, peut être lourd de conséquences »[384]. Ce qui importe, c'est le caractère plus ou moins exceptionnel de l'acte.

246. Il est possible de qualifier d'actes usuels tous les « actes d'administration concernant la santé, l'éducation et, d'une façon générale, tous les besoins de l'enfant »[385].

---

[380] O. Guillod, *Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme ?*, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1986. Dans le même sens, Voir R. Nerson, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », *in Mélanges Marty* 1976, p. 853, spéc. p. 861.
[381] *Cf.* les articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique.
[382] F. Vauvillé, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse Lille II, 1991, p. 179.
[383] Sur cette notion, voir J.-L. Piotraut, « La notion de gravité dans le Code civil », *Gaz. Pal.* du 17-19 sept. 2000, doctrine p. 1613.
[384] Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. soc.* 1991, p. 1.
[385] M. Brazier, « L'autorité parentale (commentaire de la loi du 4 juin 1970) », *JCP G* 1970, I, 2362, n° 56.

Plus spécifiquement, en matière médicale, le Professeur Hugues Fulchiron[386] considère comme usuels les soins obligatoires tels que certaines vaccinations, les soins courants donnés pour une blessure superficielle ou une infection bénigne, les soins habituels chez l'enfant en général, c'est-à-dire le traitement des maladies infantiles ordinaires, ou chez tel enfant en particulier, c'est-à-dire le traitement d'une maladie récurrente, même grave.

247. Dans cette acception, les sept examens prénataux doivent être considérés comme des actes médicaux usuels. L'atteinte à l'intégrité physique est peu importante : il s'agit de soins courants pour toute femme enceinte. La possibilité de se passer de l'intervention du médecin et de lui substituer une sage-femme dès le second examen[387] ne fait que confirmer cette qualification.

248. En leur qualité d'actes médicaux, les examens prénataux sont alors soumis à l'article 16-3 du Code civil, lequel exige le consentement préalable de l'intéressé. Reprise par l'article 36 du Code de déontologie médicale[388] et par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique issue de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, cette exigence n'est pas remise en cause par l'incapacité civile de l'intéressé, mais ne permet pas de connaître le rôle des représentants légaux.

249. C'est au regard de leur qualité d'actes médicaux usuels qu'il est possible de répondre à cette question. Les examens prénataux paraissent pouvoir être réalisés à la demande de l'incapable lui-même, sans assistance ou représentation[389]. Le caractère usuel de l'acte médical renvoie en effet à la capacité reconnue aux personnes pourtant civilement incapables d'effectuer seules des actes de la vie courante[390]. La présomption d'absence de consentement ne doit alors pas jouer. Tout individu, même mineur ou majeur sous tutelle, est présumé pouvoir consentir seul à un simple examen médical, et ce d'autant plus lorsque cet examen a pour objet un domaine aussi intime que la grossesse. Mais il reste toujours possible de rapporter la preuve de son impossibilité de consentir, en d'aures termes de son absence de

[386] H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale » *Rép. civ. Dalloz*, n° 73.
[387] Article L. 2122-1 du Code de la santé publique.
[388] Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995.
[389] Le remboursement de ces examens relève cependant de la diligence des parents, tuteurs ou curateurs dès lors qu'ils sont compétents pour percevoir toutes les ressources de l'incapable. Ce rôle est assuré par le contact pris préalablement avec la caisse afin de se faire transmettre directement tout courrier relatif au dossier de l'incapable
[390] Voir articles 389-3 et 450 du Code civil pour le mineur et Cass. 1re civ., 3 juin 1980 pour le majeur sous tutelle : *Bull. civ.* I, n° 172 ; *Gaz. Pal.* 1981, jurisp. p. 172 ; *Defrénois* 1981, art. 32599, n° 9, obs. J. Massip ; et voir J.-C. Montanier, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP G* 1982, I, 3076.

volonté consciente, constitutive d'une incapacité naturelle de consentir à ces examens. Ainsi, la possibilité pour un incapable civil de consentir seul aux examens prénataux est conditionnée par sa capacité naturelle. Une telle solution participe au respect de l'autonomie reconnue à toutes les futures mères, incapables ou non, quant à leur grossesse.

250. Dans l'hypothèse où l'intéressée ne dispose pas de l'aptitude nécessaire à un tel consentement, aux termes de l'article 36 al. 3 du Code de déontologie médicale, il incombe au médecin de prévenir et d'informer ses proches. Dans le même sens, lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté, l'article L. 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique énonce que sauf urgence ou impossibilité, une personne de confiance, la famille ou un proche de l'intéressée doivent être consultés. Cette personne de confiance est entendue, aux termes de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, comme une personne désignée préalablement par écrit. Elle peut être un parent proche ou le médecin traitant et semble particulièrement s'adapter à la situation du curateur. Cette nomination ne peut cependant pas être effectuée par un majeur sous tutelle[391].

251. Lorsque l'intéressée n'est pas en mesure de consentir aux examens médicaux, le médecin doit donc consulter « les personnes de confiance ». Mais lorsque la personne est placée sous un régime civil de protection, puisqu'il s'agit d'un acte médical usuel, les représentants légaux de la femme incapable hors d'état d'exprimer une volonté consciente peuvent également consentir par représentation à ces examens prénataux, sans jamais cependant pouvoir aller à l'encontre d'un refus de la future mère apte à exprimer sa volonté[392]. C'est en ce sens que s'est prononcé le juge des tutelles de Brest le 25 avril 1978[393], opérant en matière médicale une distinction entre les actes courants pour lesquels le représentant de l'incapable hors d'état de manifester sa volonté peut donner seul son autorisation par application des articles 495 et 450 du Code civil, et les actes engageant gravement la santé ou l'intégrité corporelle de l'incapable, pour lesquels le représentant doit obtenir l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles. Il en résulte que lorsque l'incapacité naturelle dont la preuve est rapportée empêche l'intéressée de consentir personnellement, l'incapacité civile permet aux représentants légaux d'agir en représentation. Ce pouvoir de représentation n'est cependant accordé qu'au tuteur, le tutélaire étant par

[391] Sur ce point, voir notamment C. Esper, « La personne de confiance », *Gaz. Pal.* 17-20 déc. 2002, n° spécial santé ; *Gestions hospitalières* avril 2003, cahier 177, p. 316.
[392] Article L. 1111-4 du Code de la santé publique.
[393] TI Brest, 25 avril 1978 : *D.* 1978, jurisp. p. 697, note C. Geffroy.

hypothèse très affecté. Le curateur qui souhaite mettre en place le suivi médical de l'incapable enceinte hors d'état d'exprimer une volonté consciente doit solliciter l'ouverture d'une tutelle. Les parents d'une mineure sont en revanche compétents pour autoriser les examens prénataux. La nature usuelle de l'acte conduit même à ce qu'un seul parent puisse consentir[394].

252. La future mère même civilement incapable peut donc consentir seule aux sept examens prénataux dès lors qu'elle en a la capacité naturelle, présumée malgré l'existence d'un régime de protection. Mais dans l'hypothèse où la preuve de son incapacité naturelle à consentir à de tels actes est rapportée, c'est aux organes de sa protection qu'il incombe de consentir ou de demander le renforcement de la mesure pour en avoir le pouvoir.

253. Si l'incapable peut consentir seule à de tels examens, la question de l'information de ses parents, tuteur ou curateur se pose. Il faut savoir si ceux-ci pourront avoir accès au dossier médical de l'incapable et prendre de la sorte connaissance de la grossesse. En la matière, il apparaît que si le suivi de la grossesse, bien que protégé par le secret médical, n'est en principe pas assuré sous anonymat, certains hôpitaux acceptent, en dehors de toute référence légale, de suivre des grossesses sous X[395]. De plus, aucune obligation de transmission du dossier médical aux parents, tuteurs ou curateurs, n'est mise à la charge du médecin. Cependant, aux termes de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique, les parents du mineur peuvent accéder au dossier médical de l'incapable. Il en est de même pour le tuteur, aux termes de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Cette solution, qui ne donne aucun pouvoir de décision aux représentants légaux, se justifie par le rôle de protection de la personne qui leur incombe.

254. Deux dispositions issues de la loi Kouchner du 4 mars 2002 permettent au mineur de se détacher du contrôle parental. Tout d'abord, aux termes de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique auquel renvoie l'alinéa 5 de l'article L. 1111-7, le mineur peut s'opposer à ce que ses parents aient accès au dossier[396]. Cette consécration d'un véritable droit au

[394] Voir sur ce point A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RD sanit. soc.* 2005, p. 265, spéc. p. 268.
[395] En ce sens, C. Neirinck, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922, qui y voit « un effet pernicieux » en ce que cela oblige la mère à rentrer de manière prématurée dans le cadre de l'accouchement sous X : après avoir vécu toute sa grossesse dans l'anonymat, il lui sera difficile de revenir en arrière et d'accepter l'enfant.
[396] La possibilité de s'opposer à l'accès par ses parents au dossier ne donne pour autant pas à la mineure la possibilité de le consulter elle-même. Voir en ce sens C. Esper, « Enfants, adolescents et soins. Demande de secret », *Réflexions hospitalières* nov.-déc. 2003, p. 50, spéc. p. 54

secret[397] est toutefois strictement encadrée. D'une part, le médecin doit essayer de convaincre la mineure d'accepter la consultation par ses parents du dossier. D'autre part, ce droit au secret n'est possible que si le traitement ou l'intervention envisagés sont manifestement indispensables pour sauvegarder la santé du mineur. Cette nécessité médicale devrait pouvoir être caractérisée pour les actes médicaux prénataux. Le conditionnement du versement des prestations à la réalisation de ces actes révèle d'ailleurs leur importance. Sous ces conditions, la mineure qui ne souhaite pas informer ses parents de son état de grossesse peut dans son intérêt comme dans celui de l'enfant à naître, bénéficier d'un suivi médical. Elle est alors accompagnée par une personne majeure de son choix, ce tiers référent étant discrétionnairement choisi par la mineure[398]. Ensuite, aux termes de l'article L. 1111-5 al. 2 du Code de la santé publique, « le mineur dont les liens de famille sont rompus bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle ». Son seul consentement est alors requis. L'hypothèse d'une jeune adolescente enceinte, en rupture avec sa famille et pour laquelle le recueil du consentement parental aux examens prénataux serait difficile, relève de cette disposition. La jeune mère consent sans difficulté à ces examens, qu'elle peut se faire rembourser, sans que ses parents en soient informés.

255. A côté de ces examens prénataux, le diagnostic prénatal répond à un objectif et à un régime différents. L'incapacité civile de la future mère peut ici limiter son autonomie.

2. Le diagnostic prénatal

256. Définie par l'article L. 2131-1 du Code de la santé publique comme « des pratiques médicales ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité », le diagnostic prénatal paraît plus grave pour la santé de la femme et de l'enfant à venir que les sept examens médicaux de l'article L. 2122-1 du Code de la santé publique. En effet, si le diagnostic prénatal peut simplement se faire par une échographie, il peut aussi passer par des techniques invasives, telles que l'amniocentèse ou le prélèvement de placenta. C'est dans ses implications éventuelles que le diagnostic prénatal

[397] *Cf.* A. Kimmel-Alcover, art. préc., p. 273 et s.
[398] Le caractère discrétionnaire du choix laissé à la mineure ne semble pas répondre au mieux à sa protection. *Cf.* A. Kimmel-Alcover, art. préc., p. 275.

paraît plus grave pour la santé de la femme et de l'enfant à venir. L'incapacité de l'intéressée conduit alors à s'interroger sur l'expression de son consentement à l'acte.

257. Aux termes de l'article R. 162-16-7 du Code de la santé publique, « les analyses (…) destinées à établir le diagnostic prénatal doivent avoir été précédées d'une consultation médicale de conseil génétique antérieure aux prélèvements ». Cette consultation a notamment pour objet « d'évaluer le risque pour l'enfant à naître d'être atteint d'une maladie d'une particulière gravité compte tenu des antécédents familiaux (…) ; d'informer la femme enceinte sur les caractéristiques de cette maladie, les moyens de la détecter, les possibilités thérapeutiques et sur les résultats susceptibles d'être obtenus au cours de l'analyse, [ainsi que] sur les risques inhérents aux prélèvements, sur leurs contraintes et leurs éventuelles conséquences ». Après avoir donné ces informations, le consentement écrit de la femme enceinte à la réalisation des analyses doit être recueilli.

258. Plusieurs problèmes se posent lorsque la femme est civilement incapable[399]. Tout d'abord, l'évaluation des risques pour l'enfant à naître doit être précisée au regard de l'incapacité de la future mère. Aux termes de l'article R. 162-16-7 du Code de la santé publique, les risques correspondent à l'éventualité d'une maladie d'une particulière gravité compte tenu des antécédents familiaux. Il n'est pas question de capacité juridique. Par conséquent, la population des majeurs incapables peut en pratique être intéressée par de tels diagnostics, eu égard à la cause de leur incapacité, c'est-à-dire l'altération de leurs facultés, et non en considération de leur statut. Si le handicap peut se transmettre aux enfants, il n'en va bien sûr pas de même de l'incapacité civile. Le parent incapable n'est donc pas concerné par le diagnostic prénatal au motif de son statut d'incapable. Mais cette évaluation des risques pose d'importants problèmes éthiques, en ce qu'elle peut conduire à présumer de l'impossibilité de poursuivre leur grossesse pour certaines femmes dont la maladie d'une particulière gravité est transmissible à l'enfant à naître. Cette maladie, ce handicap qui affecte la femme, ayant pu donner lieu à l'ouverture d'un régime de protection, il est à craindre que le diagnostic prénatal soit effectué à son insu, présumant ainsi son impossibilité de consentir dans un domaine où pourtant une telle inaptitude doit toujours être prouvée. Dans cette hypothèse, une certaine dérive est possible : l'interruption de grossesse pour motif médical

[399] Voir notamment D. Bourgault-Coudevylle, *Liberté individuelle, maternité et droit*, Thèse Lille II, 1999, n° 537 et s.

qui peut faire suite au diagnostic prénatal risque de souvent concerner des femmes majeures incapables. Il est pourtant essentiel de rejeter tout automatisme en la matière.

259. Ensuite, l'information nécessairement donnée à la femme doit être confrontée à l'incapacité de celle-ci. Cette information, qui comporte deux volets, l'un sur la maladie en cause et l'autre sur les risques liés à l'analyse, doit être bien comprise par la future mère, afin que celle-ci puisse consentir. Cette exigence n'est que l'application du droit à l'information reconnu à tout intéressé en matière médicale par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, qui énonce le principe selon lequel « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Même lorsque l'individu est mineur ou majeur sous tutelle, l'article L. 1112-2 al. 5 du Code de la santé publique lui reconnaît le droit de recevoir cette information, et ce d'une manière adaptée à son degré de maturité ou à ses facultés de discernement[400].

260. Ce principe s'applique sans difficulté en matière de diagnostic prénatal. L'information exigée par l'article R. 162-16-7 du Code de la santé publique doit être effectuée auprès de la future mère même civilement incapable, et adaptée à ses facultés. Il faut y voir la marque du souci de protection du parent incapable. Mais cette information personnelle de l'incapable ne dispense pas le médecin d'informer également les représentants légaux[401]. Cette information n'est exclusive que lorsque la future mère ne dispose pas de l'aptitude suffisante à la compréhension d'une telle information.

261. Un dernier problème se pose enfin en matière de diagnostic prénatal lorsque la femme est incapable. Après avoir été informée, elle doit en principe consentir par écrit aux analyses[402]. A la différence des sept examens prénataux, le consentement ne porte pas ici sur un acte médical usuel : les analyses donnent parfois lieu à des examens invasifs et surtout les implications éventuelles du diagnostic sont extrêmement graves en ce qu'elles peuvent

[400] Il est ainsi définitivement mis fin à l'ambiguïté de certaines jurisprudences isolées, telle CA Versailles, 1re ch., 8 juillet 1993 : *D.* 1995, somm. p. 98, 1re esp., obs. J. Penneau, énonçant « qu'en s'abstenant d'informer les futurs parents, qui n'étaient pourtant frappés d'aucune incapacité, des risques non négligeables de trisomie du fœtus (…), un médecin a commis un manquement à ses devoirs de renseignements ». Il ne saurait y avoir d'incapacité, présumée ou non, à recevoir une information en matière médicale.

[401] Comme le prévoit l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

[402] Arrêté du 30 septembre 1997 relatif au consentement de la femme enceinte à la réalisation des analyses mentionnées à l'article R. 162-16-1 du Code de la santé publique : JO du 31 octobre 1997, p. 15820 ; BOAMS, 28 novembre 1997, n° 97/44, p. 129 ; Arrêté du 12 novembre 1997 portant modification de l'arrêté du 30 septembre 1997 relatif au consentement de la femme enceinte à la réalisation des analyses mentionnées à l'article R. 162-16-1 du Code de la santé publique : BOAM, 13 décembre 1997, n° 97/47, p. 145.

conduire à l'interruption de la grossesse pour motifs thérapeutiques. Dès lors, il ne peut être possible pour la future mère civilement incapable de consentir seule à de telles analyses. En cas de refus de l'intéressée apte à exprimer une volonté consciente, le diagnostic prénatal ne peut être réalisé[403]. Pour autant, il ne s'agit pas d'un acte thérapeutique. Aucune finalité curative directe ne peut être établie. Au contraire, l'acte comporte un risque pour la santé de la mère et du fœtus.L'article 16-3 al. 2 du Code civil ne peut donc être appliqué. Lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté, l'absence de danger lié à la grossesse rend impossible l'acte. Au risque de voir la maladie de la mère transmise à l'enfant, son absence de volonté consciente, comme son refus, fait obstacle au diagnostic prénatal. La solution contraire pourrait relever d'une démarche eugénique. Mais si le consentement de l'intéressée est nécessaire, il n'est cependant pas suffisant. La gravité de l'acte conduit à exiger l'assistance, au sens d'autorisation, des représentants légaux[404]. Leur refus fait également obstacle à l'acte, dans la mesure où cet acte n'est pas indispensable au sens de l'article L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique. De même, la mineure ne peut prétendre à l'application de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique ayant pour effet de la dispenser de l'autorisation parentale, l'intervention ne s'imposant pas pour sauvegarder sa santé.

262. Sans relever de la présomption d'absence totale de consentement, le diagnostic prénatal fait donc intervenir les organes de la protection de l'incapable.

263. L'incapacité civile de la future mère est ainsi prise en compte pour la mise en œuvre des mesures de surveillance normale de la grossesse, sous la condition néanmoins de rechercher voire d'obtenir le consentement de l'intéressée si elle en a la capacité naturelle. Son incapacité naturelle peut d'ailleurs conduire *de lege ferenda* à mettre en place une surveillance renforcée de la grossesse.

§ 2. La surveillance renforcée de la grossesse

264. *De lege lata*, l'incapacité civile, comme l'incapacité naturelle, ne donnent pas lieu à des mesures spécifiques de surveillance de la grossesse (A). Pourtant, il semble nécessaire,

[403] Article L. 1111-4 al. 2 et 5 du Code de la santé publique et article 36 du Code de déontologie.
[404] Auxquels il est ici possible d'associer le curateur sans difficulté, s'agissant d'un rôle d'assistance.

de lege ferenda, de renforcer la surveillance de la grossesse pour les femmes dont l'inaptitude à consentir aux mesures habituelles de surveillance est prouvée (B).

A) L'absence actuelle de moyen de surveillance renforcée

265. Il est possible de constater les difficultés pour les populations d'incapables de poursuivre leur grossesse et de se soumettre aux mesures de surveillance légalement prévues. Le suivi des mineures enceintes paraît être très chaotique, leur situation familiale est le plus souvent instable et leur scolarisation faible. Plus d'une grossesse sur deux des adolescentes n'est pas ou peu suivie[405]. De même, une majeure sous tutelle d'Etat vivant à son domicile ne bénéficie que rarement d'un entourage lui rappelant la nécessité de cette surveillance et la surcharge actuelle des associations tutélaires ne leur permet pas de pallier correctement cette carence.

266. Pour autant aujourd'hui, aucune mesure spécifique n'est destinée à la population des incapables. S'il est possible de noter certaines mesures éparses, tel l'article L. 2111-1 du Code de la santé publique qui met à la charge des services de protection maternelle et infantile la mission de mettre en place des mesures d'accompagnement psychologique et social des femmes enceintes et des jeunes mères de famille, particulièrement les plus démunies, il ne s'agit pas de moyens de surveillance renforcée à la destination précise des futures mères incapables. La faiblesse dont il est ici question ne doit pas s'entendre comme l'aptitude à consentir à un acte juridique. D'ailleurs, l'article L. 2111-1 relève de la lutte contre les exclusions, non du dispositif de protection des incapables.

267. Cette absence de protection spécifique aux incapables va dans le sens de l'autonomie qui doit être reconnue à toute femme s'agissant de sa grossesse. L'incapacité civile, c'est-à-dire la présomption d'absence de consentement, ne doit impérativement pas priver une femme de son pouvoir de décision quant au suivi de sa grossesse. Cependant, l'incapacité naturelle prive parfois l'intéressée de la possibilité de consentir à certaines mesures de surveillance, telles que les examens prénataux par exemple[406]. Il est alors

[405] Voir le Rapport sur la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes pour le Ministère de la santé, par le Professeur Michelle Uzan, chef du service de gynécologie-obstétrique de l'hôpital Jean Verdier à Bondy, novembre 1998.
[406] *Cf. supra* § 243 s.

regrettable que le législateur n'ait pas expressément envisagé l'hypothèse dans laquelle la preuve de l'impossibilité de consentir aux différents actes de surveillance serait rapportée pour une future mère civilement incapable. Dans cette situation, les solutions actuellement applicables ne sont que celles du droit commun. La spécificité de la matière mériterait des mesures nouvelles[407].

268. Rien ne permet donc de mettre automatiquement en place une surveillance renforcée de la grossesse d'une femme incapable du fait de cette incapacité. Cette carence est à regretter, dans la mesure notamment où il peut paraître utile de déterminer précisément le rôle des représentants légaux dans cette surveillance. De plus, si l'incapacité civile n'est pas en soi un obstacle aux mesures de surveillance normale de la grossesse, il convient de prévoir les conséquences de l'incapacité naturelle à consentir à cette surveillance. L'absence de présomption d'incapacité pour consentir aux actes de surveillance de la grossesse n'empêche en effet pas sa caractérisation. *De lege ferenda*, plusieurs moyens sont alors envisageables pour renforcer la surveillance de la grossesse dans cette hypothèse.

B) *De lege ferenda*, les moyens possibles de surveillance renforcée

269. Deux possibilités sont à envisager. Il peut tout d'abord être mise en place une forme de curateur au ventre, sur le modèle d'autrefois mais adaptée à la spécificité de la situation née de la grossesse d'une incapable (1). Il peut ensuite être utile de permettre le prononcé d'une mesure d'assistance éducative *in utero*, en se détachant alors du régime de protection de la future mère pour faire primer celle du futur enfant (2).

1. Le curateur au ventre

270. Avant la réforme de 1964, aux termes de l'ancien article 393 du Code civil, il était possible pour le conseil de famille de nommer un curateur au ventre lorsque le mari de la femme enceinte était décédé pendant la grossesse. A la naissance de l'enfant, ce curateur devenait subrogé tuteur, la mère exerçant la fonction de tuteur[408].

---

[407] *Cf. infra* § 269 s.

[408] Voir pour un rappel de cette institution, G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. 1, *Introduction générale, les personnes*, Paris 1956, n° 2378.

271. Cette nomination se justifiait alors par l'impossibilité de mettre l'enfant sous tutelle avant sa naissance vivant et viable, et par la nécessité d'assurer sa protection mais aussi celle des héritiers contre les éventuelles suppression et supposition de parts effectuées par la mère. Supprimée en raison de l'attribution de l'administration légale à la mère survivante[409], cette institution pourrait aujourd'hui répondre à la difficulté liée à l'incapacité de la future mère.

272. En effet, dans cette hypothèse, il n'est pas certain que la mère puisse exercer l'administration légale à la naissance de l'enfant[410]. Mais surtout, pendant la grossesse, elle peut ne pas être capable de consentir aux actes nécessaires à son suivi et ainsi faire obstacle à leur réalisation. Cette incapacité est alors naturelle et non civile, c'est-à-dire qu'elle est la conséquence d'une absence de volonté consciente dont la preuve doit être rapportée, et non un effet du régime civil de protection[411]. De plus, l'enfant à naître ne peut être lui-même représenté et donc protégé dans la mesure où il n'existe pas en tant que personne juridique.

273. Pour ces motifs, il est envisageable de nommer un curateur au ventre pour assurer la surveillance de la grossesse lorsque la femme est incapable de consentir aux actes nécessaires à son suivi. Il pourrait consentir au diagnostic prénatal lorsque la femme est hors d'état de manifester sa volonté. Dans cette hypothèse, le curateur au ventre protègerait la future mère mais aussi à travers elle l'enfant à naître, mettant ainsi fin à l'incertitude existante quant aux rôles des représentants légaux dans cette surveillance. L'enfant ne serait pas directement protégé par ce curateur spécial, comme le souhaitent pourtant certains auteurs, favorables à la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu[412]. Le bénéficiaire de cette protection serait la future mère et, seulement à travers elle, l'enfant à naître.

274. La cause de cette nomination doit reposer sur l'incapacité naturelle à consentir aux actes de surveillance et non sur l'incapacité civile. L'existence d'un régime de protection peut alors permettre au juge des tutelles ou au conseil de famille chargé de désigner le curateur au ventre de donner cette compétence au représentant légal de la femme. Mais il ne lui interdit pas de faire autrement, notamment en cas de conflit d'intérêts : tel peut être le cas

[409] Article 389-2 du Code civil.
[410] *Cf. infra* § 639 s.
[411] *Cf. supra* § 243 s.
[412] Voir notamment G. Mémeteau, « Le refus de soins à enfant conçu », *RD sanit. soc.* 1979, p. 324.

lorsque le tuteur ou le curateur est le conjoint de la femme incapable[413]. Dans cette hypothèse, il est préférable de ne pas donner au tuteur le pouvoir de représenter son épouse hors d'état de consentir aux actes de surveillance de sa grossesse : il est partie prenante à cette grossesse et ne peut donc assurer objectivement la protection de la femme lorsque celle-ci doit se faire au détriment de l'enfant à naître, comme ce peut être le cas en matière de diagnostic prénatal. S'il s'agit également de son enfant, l'incapacité de la mère ne doit pas pour autant conduire à lui donner plus de pouvoir dans le suivi de la grossesse.

275. La nomination d'un curateur au ventre se justifie non pas par l'incapacité civile de la future mère, mais par son incapacité naturelle à consentir aux actes de surveillance. Le sujet principal de la protection est certes la future mère, dans la mesure où l'enfant n'existe pas en tant que personne juridique, mais à travers elle cet enfant à naître se trouve également protégé, par le respect des conditions nécessaires au bon déroulement de la grossesse.

276. L'intérêt de nommer une personne tierce réside alors dans le fait d'assurer une adéquation entre les intérêts à protéger : celui de la femme et celui de l'enfant à naître. Pour renforcer la surveillance de la grossesse lorsque la femme est incapable, il peut également être possible de faire primer l'intérêt de l'enfant à naître, par la mise en place d'une assistance éducative *in utero*.

2. L'assistance éducative in utero

277. Aux termes de l'article 375 du Code civil, l'assistance éducative est mise en œuvre lorsque la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant sont en danger, ou lorsque ses conditions d'éducation sont gravement compromises. En principe, l'enfant étant le sujet de cette mesure, il ne peut être possible de la prononcer avant sa naissance, c'est-à-dire avant que lui soit reconnu la personnalité juridique.

278. Pourtant, certains auteurs préconisent la mise en œuvre d'une assistance éducative *in utero*, arguant du fait que l'enfant conçu est déjà sujet de droit[414]. Il est vrai que l'article 375 n'exige pas expressément que l'enfant soit né. Au-delà de la discussion classique relative

[413] Régime de protection posé en principe par l'article 496 du Code civil.
[414] G. Mémeteau, « Le refus de soins à enfant conçu », *RD sanit. soc.* 1979, p. 324 ; J.-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'I.V.G des mineures célibataires », *RD sanit. soc.* 1997, p. 639, spéc. p. 653 à 655 ; G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, 4e éd., 2003, n° 752, p. 353.

au statut de l'embryon, il est possible de s'interroger sur l'intérêt d'un tel système pour répondre à la situation particulière née de l'incapacité de la future mère dans le suivi de sa grossesse.

279. L'application du régime de l'assistance éducative à l'enfant à naître va dans le sens de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : celle-ci semble en effet prévoir sa protection avant comme après sa naissance[415]. Mais en pratique l'application de la mesure d'assistance éducative ne peut assurer que très partiellement la protection de l'enfant conçu. Il n'est à l'évidence pas possible d'ordonner une mesure de placement[416]. Seule une mesure « en milieu ouvert » est envisageable. Surtout, la protection de l'enfant conçu passe obligatoirement par la mère, ce qui révèle tant l'inutilité que l'impossibilité de le placer sous assistance éducative. Une mesure d'assistance éducative concernant la future mère paraît donc plus judicieuse.

280. Ainsi, la protection de la future mère incapable qui n'est pas en mesure de décider seule des mesures nécessaires au suivi de sa grossesse peut, lorsqu'elle est mineure, passer par une mesure d'assistance éducative pour elle-même, sous la condition de caractériser l'existence d'un danger[417]. L'enfant à naître en bénéficie indirectement. Mais il ne saurait faire lui-même l'objet d'une telle mesure. La proposition d'une mesure d'assistance éducative *in utero* doit être rejetée.

281. La future mère même civilement incapable doit donc toujours consentir aux mesures de surveillance de sa grossesse, si elle en a la capacité naturelle. Toutefois, le rôle des représentants légaux gagnerait à être précisé, afin de mieux encadrer la mise en œuvre de ce principe et donc de mieux respecter l'autonomie reconnue à la femme incapable pour ce qui concerne le suivi de sa grossesse. C'est ce qui a en partie été fait en matière d'interruption de grossesse.

[415] Aux termes de l'article 1 de la convention, « l'enfant est défini comme tout être humain de moins de 18 ans, sauf si la loi nationale accorde la majorité plus tôt ». Reste à déterminer si la qualité d'être humain préexiste à la naissance.
[416] Voir en ce sens J.-F. Eschylle, *op. cit*., p. 655.
[417] Voir *infra* § 322 s.

Section 2 : L'interruption de la grossesse de l'incapable

282. Il existe deux modes d'interruption volontaire de grossesse : la technique chirurgicale traditionnelle de l'avortement par aspiration et celle de la pilule abortive RU 486 qui rend l'utérus incapable de nider l'œuf[418]. Cette dernière technique, moins traumatisante pour la femme[419], n'en est pas moins soumise aux mêmes conditions de fond et de forme et donc de consentement que l'I.V.G chirurgicale. Le conseil d'Etat a expressément affirmé que « le RU 486 étant un produit ayant la propriété d'interrompre la grossesse, son emploi est, dès lors, soumis de plein droit aux règles posées en la matière par les articles L. 162-1 à L. 162-14 du Code de la santé publique… »[420]. La seule différence, suite à la position de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES), reprise en cela par la loi du 4 juillet 2001, réside dans le fait que cette I.V.G médicamenteuse peut avoir lieu en médecine ambulatoire[421], ce qui permet de mettre fin à des grossesses encore plus tôt.

283. Quelle que soit la technique adoptée, la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975, modifiée par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, permet à la femme d'interrompre volontairement sa grossesse dans deux hypothèses : pour détresse ou pour motif médical. La femme incapable peut accéder à l'un comme à l'autre de ces modes d'interruption, mais les règles qui lui sont applicables, notamment quant au consentement, diffèrent. Il faut donc distinguer l'interruption volontaire de grossesse pour détresse (§ 1) et l'interruption médicale de grossesse (§ 2).

§ 1. L'interruption volontaire de grossesse pour détresse

284. Aux termes de l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ». Le consentement de la femme est au cœur du dispositif.

[418] Jusqu'à 49 jours d'aménorrhée (7 semaines), l'I.V.G peut s'effectuer par la prise de médicaments en association : un antiprogestérone, la Mifégyne (RU 486) administrée par voie orale, associée 36 à 48 heures plus tard à un analogue de la progestérone par voie orale ou vaginale (cycotec).
[419] C'est pourquoi, dans les 49 jours d'aménorrhée, 80 % des femmes utilisent ce type d'I.V.G.
[420] CE, 21 décembre 1990 : *JCP G* 1991, IV p. 132 ; *D.* 1991, IR 34 ; *D.* 1991, jurisp. p. 283, note P. Sabourin ; *AJDA* 1991, p. 158.
[421] Article L. 2212-2 du Code de la santé publique.

Aux termes de l'article 223-10 du Code pénal, « l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »[422]. Ce consentement doit se manifester tout au long de la procédure : lors de la première consultation chez le médecin, éventuellement devant l'organisme social agréé, enfin et surtout lors de la remise d'un écrit au médecin au moment de la dernière consultation médicale[423]. C'est pourquoi l'incapacité civile de la femme et la présomption d'absence de consentement qui en découle soulèvent des difficultés. En la matière, alors que le législateur précise expressément le régime applicable aux mineures (A), il ne dit malheureusement rien de la femme majeure sous tutelle ou curatelle (B).

A) Le consentement de l'incapable mineure à l'I.V.G pour détresse

285. Chaque année en France, environ 200 000 femmes interrompent volontairement leur grossesse[424]. Plus de 7 000 d'entre elles sont mineures[425].

286. Aux termes de l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique, la femme mineure non émancipée doit en principe joindre à son consentement celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal. Mais depuis la réforme du 4 juillet 2001, si le consentement de la mineure reste toujours nécessaire (1), il peut désormais aussi être suffisant, détachant ainsi l'I.V.G du régime de l'autorité parentale (2).

1. Un consentement toujours nécessaire

287. En envisageant expressément la possibilité pour la femme mineure non émancipée de consentir seule à son IVG, le législateur a exprimé le souhait de détacher cet acte du régime de l'incapacité civile. L'analyse de la situation conduit à rejeter toute possibilité de représentation de la mineure dans l'appréciation de sa détresse, même s'il est prouvé, indépendamment de sa minorité, qu'elle n'est pas apte à exprimer sa volonté. Cette solution

[422] Sur les difficultés à poursuivre cette infraction, voir G. Roujou de Boubée, « L'interruption volontaire de grossesse (commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975) », *D.* 1975, chron. p. 209, spéc. p. 218 et s.
[423] Article L. 2212-5 du Code de la santé publique.
[424] Statistique annuelle des établissements de santé 1998, n° 25, sept. 2001 ; Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, Ministère de l'emploi et de la solidarité.
[425] INES, Statistique 1997 de l'avortement en France ; Voir également le rapport du Pr. Israël Nisand, « L'I.V.G en France », février 1999.

se justifie par la nature de l'acte d'I.V.G (a) et par l'autonomie reconnue aux femmes par le législateur dans l'appréciation de leur détresse (b).

a) Un acte médical éminemment personnel

288. Le caractère médical de l'acte d'interruption volontaire de grossesse est affirmé par l'article L. 2212-2 du Code de la santé publique, qui dispose qu'il ne peut être pratiqué que par un médecin. Sans nul doute, et comme le relève le commissaire du gouvernement M. Pinault dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1982[426], il en résulte que l'I.V.G doit être qualifiée d'acte médical. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel, saisi à propos de la loi réformant l'I.V.G, a réaffirmé qu'il s'agissait d'un acte médical, et que l'allongement du délai de 10 à 12 semaines n'en changeait pas la nature, dès lors que l'acte peut être pratiqué sans que la santé de la femme soit menacée.

289. Justifié par la détresse et ne poursuivant pas un but curatif, le type d'interruption dont il est ici question correspond donc à un acte médical non thérapeutique. Pour autant, il ne s'agit pas d'un acte médical usuel. Il doit être distingué des autres actes médicaux dans la mesure où il concerne un enfant à naître : il ne peut alors être considéré que comme exceptionnel[427]. Aussi le consentement parental doit-t-il en principe être recherché lorsque la femme est mineure[428].

290. Cependant, au-delà du caractère médical de l'acte, la spécificité de l'I.V.G pour détresse tient à la liberté reconnue à la femme en la matière. La possibilité pour la femme en détresse de mettre fin à sa grossesse est en effet une liberté et non un droit[429], au risque, dans le cas contraire, de devoir qualifier l'enfant à naître d'objet de droit[430]. Cette liberté, qui est celle prévue à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789[431], ne peut être exercée que par l'intéressée. Nul ne peut ici la représenter.

---

[426] CE, 2 juillet 1982, Dlle Riou, : *RD sanit. soc.* 1983, p. 95, spéc. p. 98, conclusions M. Pinault ; *Gaz. Pal.* du 14 avril 1983, jurisp. p. 193, note F. Moderne ; *AJDA* 1983, p. 206, obs. J.C.

[427] La clause de conscience reconnue aux médecins par l'article L. 2212-8 du Code de la santé publique ne fait que renforcer le caractère exceptionnel de l'acte.

[428] *Cf. infra* § 301 s.

[429] B. Beignier, « La liberté de concevoir un enfant », *Dr. famille* fév. 2004, chron. n° 3. L'auteur parle de « liberté civile de choisir de ne pas conduire [sa grossesse] à son terme pour des raisons qui, en définitive, relèvent de sa conscience ».

[430] Voir B. Mathieu, note sous Cons. Const., 27 juin 2001 : *D.* 2001, jurisp. p. 2535, qui parle de liberté-autonomie. Voir également P. Raynaud, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, chron. p. 109.

[431] Voir Cons. Const., 27 juin 2001 : *D.* 2001, p. 2533, note B. Mathieu.

291. Le recours à l'I.V.G s'analyse comme « une modalité de la liberté inaliénable, discrétionnaire et strictement personnelle de la femme de décider ou non d'interrompre sa grossesse »[432]. La décision de recourir à cet acte ne doit appartenir qu'à la femme, même incapable. Aucune représentation n'est possible, sauf à établir un danger pour l'intéressée, ce qui modifie *a priori* le type de l'intervention : il s'agit alors d'une interruption médicale de grossesse[433].

292. Acte médical, l'interruption de grossesse est également un acte éminemment personnel : au nom de la liberté qui lui est reconnue, la femme doit impérativement consentir à l'acte, sans condition de capacité. C'est pourquoi elle est la seule à pouvoir apprécier sa détresse, condition de l'interruption.

b) L'appréciation de la détresse par la mineure

293. Aucune définition de la détresse n'est donnée par le législateur. Il est cependant possible de faire état d'une décision du tribunal pour enfants d'Evry du 8 novembre 1982[434], envisageant certains éléments de définition de la détresse d'une femme : tel est le cas de l'absence de ressource, de domicile et de famille. Surtout, dans cette affaire, le tribunal fait référence à l'immaturité de la jeune femme, qui n'a jamais su mettre en œuvre une contraception quelconque et est « incapable d'élever » un enfant. Une telle hypothèse peut correspondre à la situation d'une jeune femme mineure, sans toutefois être systématique : la minorité en elle-même ne suffit pas à prouver cette immaturité.

294. L'état de détresse est une notion purement subjective. C'est à la femme qu'il appartient d'apprécier souverainement son état de détresse, dans le secret et l'intimité de sa conscience[435]. Si le nouvel article L. 2212-4 du Code de la santé publique, qui remplace l'article L. 162-4, ne fait plus allusion au rôle joué par la femme dans l'appréciation de la détresse, la solution reste inchangée. L'intervention d'organismes extérieurs tels que les centres de planning familial a seulement pour objet d'éclairer le consentement de l'intéressée.

---

[432] P. Sargos, rapport sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000 : *JCP G* 2000, II, 10438, n° 25.
[433] *Cf. infra* § 344 s.
[434] JE Evry, 8 novembre 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 218, note P. Raynaud ; *RD sanit. soc.* 1983, n° 4, p. 162, note P. Raynaud.
[435] M. Debré, *JO* AN CR du 28 nov. 1974, p. 7105.

295. Déjà, les débats lors de l'adoption du texte en 1975 exprimaient l'idée selon laquelle seule la femme peut évaluer son état de détresse. Simone Veil, alors ministre déléguée à la santé, a pu déclarer que « lorsqu'une femme refuse une grossesse, se privant ainsi de cette joie et de ce privilège extraordinaire qu'est le don de la vie, n'est-ce pas que son existence sera si profondément perturbée qu'elle ne pourra apporter ni la sécurité, ni la stabilité que toute femme sait nécessaire au jeune être ? Comment, dans ces conditions, fixer des critères ? Qui peut se substituer à la femme pour apprécier cette détresse ? »[436]. Dans le même sens, le sénateur Henri Cavaillet déclarait que « seule (…) celle qui vit la détresse peut l'interpréter. Personne ne peut l'apprécier à sa place, médecin ou avocat. En remettant donc à la femme la responsabilité d'une décision *réfléchie* (…) nous lui témoignons notre confiance (…) et nous accordons à la femme l'une de ses responsabilités fondamentales »[437]. Ces arguments de purs faits sont toujours fondés aujourd'hui.

296. Rappelée par la jurisprudence[438], cette prérogative reconnue à toute femme à titre exclusif a cependant pour effet de vider de son sens la condition de détresse. La femme étant la seule à pouvoir évaluer son état de détresse, nul ne peut contester son évaluation. Autrement dit, la détresse n'est pas une véritable condition : il suffit pour la femme de déclarer être dans un tel état pour interrompre sa grossesse. C'est pourquoi certains estiment que la référence à l'état de détresse ne subsiste « que pour la beauté du texte, ou sa moindre laideur »[439].

297. Les motifs de l'autonomie reconnue à toute femme pour apprécier sa détresse ne font aucune place à la capacité civile. Comme toute femme, la mineure est seule à pouvoir apprécier sa détresse, sans assistance ni représentation, ce qui révèle la nécessité de son consentement personnel. Cette exigence transparaît d'ailleurs à travers certaines dispositions légales. Tel est le cas de l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique, qui dispose que le consentement de la mineure est exprimé devant le médecin en dehors de la présence de toute autre personne, ce qui inclut les parents ou le représentant légal. Cependant, afin que le consentement exprimé soit éclairé, l'article L. 2212-4 du Code de la santé publique fait

[436] JO Déb. Sénat, 13 décembre 1974, p. 2861.
[437] JO Déb. Sénat, 13 décembre 1974, p. 2878.
[438] CE, Ass, 31 octobre 1980 : *Rec. CE*, p. 403 ; *D.* 1981, jurisp. p. 38, concl. B. Genevois ; *JCP G* 1982, II, 19732, note F. Dekeuwer-Défossez ; *RD sanit. soc.* 1981, n° 2, p. 247, obs. L. Dubouis et n° 3, p. 81, obs. J.-M. de Forges.
[439] J. Foyer, « Le droit de l'enfant à la vie », in *Les droits naturels de l'enfant*, Actes du 1er colloque des juristes catholiques, Versailles 1979, éd. Téqui, p. 32.

obligation à la mineure de consulter une personne qualifiée en ce domaine, notamment au sein d'un centre de planning familial. Il ne s'agit alors que de renforcer sa protection, sans toutefois revenir sur le principe de l'autonomie qui lui est reconnue dans l'appréciation de sa détresse.

298. Cette autonomie peut cependant conduire à une impasse[440]. Lorsque la mineure est hors d'état de manifester sa volonté, ce qui peut par exemple être le cas d'une jeune handicapée mentale, nul ne peut décider à sa place d'interrompre sa grossesse en dehors d'un motif médical. La grossesse sera donc menée à son terme sauf en cas de péril grave pour la santé de la jeune femme ou de forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. C'est surtout à la première hypothèse qu'il sera fait référence, la grossesse et l'accouchement d'une jeune handicapée mentale qui n'a pas conscience de sa situation et est par hypothèse hors d'état de prendre une décision en la matière, risquant d'être traumatisante pour elle. Il ne faut toutefois pas que la qualification d'interruption médicale de grossesse soit retenue par opportunité, dans le seul but de contourner l'impossibilité de représenter l'incapable pour décider d'une I.V.G pour détresse.

299. Toujours nécessaire, le consentement de la mineure est également, depuis la réforme du 4 juillet 2001, suffisant : la décision de recourir à l'I.V.G pour détresse ne relève plus du régime des incapacités.

2. Un consentement suffisant

300. C'est l'un des principaux objets de la réforme adoptée le 4 juillet 2001. Auparavant, pour interrompre volontairement sa grossesse, la jeune femme mineure non émancipée devait impérativement obtenir le consentement de ses parents[441]. Une inégalité injustifiée existait alors entre la mineure mariée et en conséquence considérée comme capable de consentir seule à l'I.V.G et la mineure célibataire. Certains refus abusifs avaient parfois conduit le juge à proposer des palliatifs à ce consentement. Désormais, il est possible de se passer de cette autorisation parentale, que l'intéressée soit ou non émancipée. L'autonomie de

[440] *Cf. infra* § 315.
[441] Ancien article L. 162-7 du Code de la santé publique.

la jeune femme est ainsi consacrée, mettant fin aux prérogatives parentales (a) et rendant *a priori* inutiles toutes solutions judiciaires (b).

a) La fin des prérogatives parentales

301. Aux termes de l'article L. 162-7 ancien du Code de la santé publique, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale, ou le cas échéant du représentant légal, était requis[442] pour pratiquer une I.V.G pour détresse sur une mineure célibataire non émancipée[443]. Cette prérogative leur était reconnue au titre de leur droit de surveillance[444]. Ceux-ci disposaient d'un véritable pouvoir sur la jeune femme enceinte, au titre de l'autorité parentale. Le Professeur Frédéric Vauvillé pouvait ainsi affirmer que « l'article L. 162-7 est probablement la disposition la plus attentatoire à la liberté individuelle de la mineure »[445].

302. Si l'autorisation parentale était indispensable, la pratique admettait qu'elle soit faite aussi bien par écrit que par téléphone. En d'autres termes, la présence des parents n'était pas obligatoire. Cependant, pour être certaine de la réalité du consentement parental, l'administration hospitalière exigeait le plus souvent la carte de sécurité sociale des parents. Le respect de cette condition permettait également la prise en charge des frais de l'intervention par la sécurité sociale. La loi du 4 juillet 2001 a mis fin à cette prérogative parentale.

303. Aujourd'hui, si le recueil du consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal reste posé en principe par l'alinéa 1 de l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique, le droit au secret reconnu au mineur par les alinéas suivants en limite fortement la portée. Les parents ont perdu leurs prérogatives. Il convient également de remarquer qu'il n'est plus question d'exercice mais de titularité de l'autorité parentale, ce qui facilite l'obtention de l'autorisation en multipliant les personnes pouvant l'accorder. Une telle solution va dans le sens d'une réponse ministérielle du 17 décembre 1987, laquelle avait admis qu'un majeur sous tutelle ou curatelle devait consentir à l'I.V.G de sa fille mineure dès

[442] Voir cependant *infra* § 317.
[443] Sur cet article, voir notamment F. Vauvillé, thèse préc., p. 441 et s.
[444] I. Carbonnier, « Autorité parentale. Exercice de l'autorité parentale », *J.-Cl. civ.*, Art. 371 à 387, Fasc. 10, 2003, n° 19.
[445] F. Vauvillé, thèse préc., p. 443.

lors qu'il était titulaire de l'autorité parentale, et ce tant qu'une tutelle n'était pas ouverte, déléguant ce pouvoir au tuteur[446]. Le pouvoir d'autoriser l'I.V.G est donc plus lié au lien de filiation qu'à l'aptitude d'exercer l'autorité parentale au quotidien.

304. La possibilité de déroger au principe de l'autorisation parentale permet à la jeune femme de ne pas informer ses parents de son état mais aussi de passer outre leur refus à l'intervention. En la matière, l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique dispose que si le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressée pour que les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal soient consultés, la jeune femme peut préférer ne pas les informer. Dans ce cas, comme dans l'hypothèse d'un refus parental, la mineure doit seulement se faire « accompagner » dans sa démarche par la personne majeure de son choix, un « adulte référent ». Le secret de l'intervention est d'ailleurs rendu effectif par l'article L. 132-1 du Code de la sécurité sociale, qui prévoit que l'intégralité des dépenses effectuées à l'occasion des interruptions volontaires de grossesse pratiquées sans que les parents en aient été informés est prise en charge par l'Etat[447].

305. La notion « d'accompagnement » est essentielle. Elle n'est cependant pas connue de notre droit. Le Sénat lui avait d'ailleurs préféré le terme d'assistance, « par référence aux dispositions du Code civil qui prévoient dans certaines situations l'assistance d'un mineur par une personne adulte » [448], augmentant semble-t-il de cette façon les pouvoirs de l'adulte référent. Mais cette solution ne mettait pas fin à toute ambiguïté. La notion d'assistance est tout aussi difficile à cerner. Ainsi en matière de curatelle, elle a un sens différent selon la nature de l'acte en cause : elle s'analyse comme un simple conseil dans certains cas[449] et comme une présence et une autorisation obligatoire dans d'autres[450]. Pourtant, c'est cette notion qu'une partie de la doctrine aurait souhaité voir consacrée par le législateur[451]. A travers cette difficulté apparaît la question principale née de la réforme : faut-t-il faire relever du régime des incapacités le consentement de la mineure à l'I.V.G pour motifs personnels ? Pour y répondre, la notion « d'accompagnement » doit être précisée.

---

[446] Rép. min. n° 7613, *JO* Sénat Q, 17 décembre 1987, p. 1981 ; *JCP G* 1988, IV, p. 27.
[447] Et voir le décret d'application n° 2002-799 du 3 mai 2002.
[448] Rapport n° 210 de M. Francis Giraud pour la commission des affaires sociales, 11e législature, Sénat
[449] Actes conservatoires et d'administration pour l'essentiel.
[450] Actes de disposition principalement.
[451] J. Hauser, *RTD civ.* 2001, n° 7, p. 853 ; J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p. 1.

306. S'il n'a pas été défini dans la loi, le rôle de « l'accompagnateur » a été discuté lors des débats parlementaires. Ainsi, Madame le député Lignières-Cassou a déclaré que « la personne désignée par la mineure n'aura à supporter aucune responsabilité civile ou pénale, ni en raison de sa désignation par la mineure dûment conseillée par le médecin lors de l'entretien préalable, ni du fait de sa mission, qui constitue, dès lors qu'elle l'accepte, une obligation légale. Aucune faute ne peut lui être reprochée en raison du consentement de la mineure à l'intervention, celui-ci étant donné avant le commencement de la mission d'accompagnement. Cette personne n'intervient pas non plus dans le choix du praticien ni du lieu où l'acte sera pratiquée. Le rôle de la personne désignée est donc bien circonscrite à une mission d'accompagnement et de soutien psychologique. En aucun cas cette personne ne peut se substituer aux titulaires de l'autorité parentale »[452]. Ainsi, seule la responsabilité du médecin, comme pour tout acte médical, doit pouvoir être engagée. Ceci a conduit le législateur à préférer l'accompagnement à l'assistance.

307. L'absence de responsabilité constitue donc le critère de définition de la mission « d'accompagnement ». Surtout, cette déresponsabilisation révèle l'absence de pouvoir de l'adulte référent. S'il n'est pas responsable, c'est qu'il ne dispose d'aucun pouvoir de décision. La mineure donne seule son consentement à l'I.V.G., comme aux actes médicaux et aux soins qui lui sont liés. Dans cette hypothèse, l'accompagnement n'est pas une mesure de protection des incapables : la jeune femme exerce ses droits elle-même, elle est présumée pouvoir exprimer seule son consentement à de tels actes. L'accompagnement doit seulement s'analyser comme un mode de protection d'un individu dont le consentement est fragilisé, mais qui conserve sa capacité. L'obligation qui est faite à la mineure de se faire accompagner dans sa démarche par un adulte référent se justifie par la fragilité de son consentement et la nécessité de soutien qui en découle, mais le rôle de cet adulte doit se limiter à l'accompagnement et ne saurait tendre vers l'assistance : la mineure n'est pas en matière d'I.V.G pour motifs personnels considérée comme une incapable.

308. Cette autonomie reconnue à la jeune femme en matière d'I.V.G peut alors sembler s'opposer au caractère obligatoire de l'accompagnement par l'adulte référent lorsque l'autorisation parentale fait défaut. Cette solution apparemment contradictoire se justifie en réalité par la nature spécifique de l'acte. Il s'agit à la fois d'un acte médical exceptionnel et

[452] Rapport n° 2977 de M. Lignières-Cassou pour la commission des affaires sociales, 11e législature, Ass. Nat., p. 18.

d'un acte relatif à la procréation. A cette double nature correspondent deux effets différents : l'une donne en principe lieu à assistance voire représentation, l'autre conduit à respecter l'autonomie de l'intéressée.

309. Tout d'abord, en tant qu'acte médical exceptionnel, qui porte sur le corps de la jeune femme, l'interruption volontaire de grossesse pour motifs personnels doit en principe être autorisée par l'un des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal. Déjà, au niveau de ce principe, le législateur révèle la spécificité de l'acte en dérogeant aux règles de l'autorité parentale qui exigent pour les actes médicaux graves le consentement des deux parents[453]. La qualification d'acte médical exceptionnel produit encore ses effets au niveau de l'exception, c'est-à-dire lorsque la mineure a décidé seule d'interrompre sa grossesse : l'accompagnement de l'adulte référent est la conséquence de la nature d'acte médical exceptionnel de l'interruption volontaire de grossesse et de la nécessaire protection qui en découle. Si le mineur peut se passer d'autorisation, il ne peut se passer de protection.

310. C'est ensuite en tant qu'acte relatif à la procréation que l'I.V.G relève de l'autonomie de la mineure. Son consentement est nécessaire et suffisant car elle est la mieux à même de décider ou non de mettre un enfant un monde et d'accéder ainsi à la qualité de parent. Il ne peut être possible de soumettre cette situation au régime de l'assistance et *a fortiori* de la représentation, dans la mesure où aucune condition de capacité n'est exigée pour être parent ou ne pas l'être.

311. L'autonomie reconnue à la jeune femme mineure, conséquence de la nature spécifique de l'acte, conduit également à lui donner le pouvoir de choisir elle-même son adulte référent. Pourtant, cette prérogative peut lui être préjudiciable. Le père de l'enfant à naître, s'il est majeur, peut en effet jouer de son influence sur la mineure et exercer cette fonction, l'incitant alors à interrompre sa grossesse. Lors des débats, certaines solutions ont d'ailleurs été envisagées pour éviter de telles difficultés. Une enquête sociale systématique a été préconisée, pour vérifier les qualités de l'adulte référent et s'assurer qu'il est en mesure de s'acquitter correctement de sa mission. Dans le même sens, le Sénat avait modifié le projet initial en limitant le choix de la mineure à un membre majeur de sa famille ou à une personne qualifiée, cette dernière hypothèse regroupant les conseillères conjugales, les assistantes

[453] Article 372-2 du Code civil.

sociales, les psychologues… Mais ces inquiétudes ne sont pas fondées. L'adulte référent ne doit qu'accompagner la jeune femme. Celle-ci continue à donner seul son consentement. Il ne s'agit que de la soutenir dans ce moment difficile. Pourtant, dans l'hypothèse où cet adulte référent ne jouerait pas le rôle qui est le sien et tenterait d'influencer la mineure, rien n'est prévu par le législateur. Il est à supposer en ce cas que le médecin ou les autres intervenants peuvent en informer le juge des enfants, qui prend alors toute mesure utile, sans pouvoir cependant nommer un autre adulte référent.

312. Dans tous les cas, la reconnaissance de l'autonomie de la mineure et sa coexistence avec l'accompagnement par un adulte référent ne règlent pas toutes les difficultés. L'application du principe pose des problèmes pratiques. Le secret souhaité par la mineure paraît parfois difficile à garder. Notamment, comment pourra-t-elle justifier de son absence du collège ou du lycée pour consulter le médecin, suivre l'entretien pré-I.V.G, être hospitalisée[454] ? De même, comment gérer les conflits familiaux lorsque la mineure décide de passer outre un refus parental ? L'ensemble de ces problèmes conduit certains auteurs à critiquer cette « défaillance de l'autorité parentale »[455]. Surtout, sans remettre en cause le principe d'autonomie et l'absence de conséquence de l'incapacité civile, il paraît critiquable d'assimiler le consentement exprimé par une jeune femme de 17 ½ à celui d'une mineure âgée de 13 ans[456]. C'est pourtant ce à quoi procède le législateur.

313. *De lege lata*, toute personne mineure, quel que soit son âge, peut bénéficier des dispositions de l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique et ainsi consentir seule à son

[454] Cette difficulté a d'ailleurs donné lieu à une question de Mme le députée Geneviève Gaillard (JO AN du 30 novembre 2004, p. 9459). La réponse donnée par le ministre de l'éducation nationale ne règle malheureusement pas le problème. Il a en effet été répondu que « le chef d'établissement est tenu de signaler les absences de l'élève mineure non émancipée aux responsables de l'autorité parentale ou au représentant légal de la jeune femme, en application de la circulaire n° 2004-054 du 23 mars 2004 relative au contrôle et à la promotion de l'assiduité des élèves soumis à l'obligation scolaire. Toutefois (…), si le chef d'établissement doit signaler aux personnes exerçant l'autorité parentale toute absence d'une mineure au regard des obligations qui s'imposent à lui, il doit se garder, sauf accord de la mineure concernée, de leur en divulguer la cause lorsque celle-ci est la volonté de procéder à une interruption volontaire de grossesse ». Il est certain qu'une fois informés, les parents ne manqueront pas d'interroger la jeune fille sur les motifs de son absence, ce qui mettra celle-ci dans une situation difficile. Il serait sans doute plus logique avec le système mis en place de considérer que la volonté de procéder à l'I.V.G justifie l'absence et que par exception à la circulaire du 23 mars 2004, les parents n'ont en ce cas pas à être informés. Il est regrettable de limiter d'un côté une autonomie reconnue par ailleurs.

[455] C. Brunetti-Pons, « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », *Dr. famille* nov. 2001, chron. n° 23, spéc. n° 19.

[456] Et ce d'autant plus que la mineure âgée de 17 ans ½ au moment de la conception sera majeure avant l'accouchement, et donc apte à consentir absolument seule si elle n'était pas hors délai !

I.V.G. Le législateur semble affirmer que toutes les mineures sont aptes à consentir seules[457]. Deux solutions sont cependant envisageables pour tenir compte des différences existantes entre les jeunes mineures.

314. Il pourrait tout d'abord être possible de fixer un seuil d'âge, en dessous duquel la jeune femme ne peut en aucun cas consentir seule à l'I.V.G. Envisagée lors des débats parlementaires[458], cette solution est également prônée par une partie de la doctrine, laquelle parle parfois de « majorité sanitaire » [459]. Le plus souvent, le seuil d'âge proposé est fixé à 16 ans. Dans cette hypothèse, en dessous de cet âge, l'intéressée doit impérativement obtenir l'autorisation de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal. Mais le caractère arbitraire des seuils, et ce d'autant plus dans un domaine où la maturité est loin d'être exclusivement liée à l'âge, est critiquable. Pour ce motif, cette solution doit être rejetée.

315. Il pourrait ensuite être souhaitable, pour répondre à la difficulté posée par l'I.V.G d'une mineure très jeune ou handicapée mentale, de permettre de se référer à la capacité naturelle de l'intéressée, c'est-à-dire à son aptitude à exprimer son consentement à l'acte et à comprendre sa portée. Il paraît en effet utile d'opérer un contrôle de la réalité du consentement exprimé par une mineure sans l'autorisation de ses parents. Le vide législatif sur ce point ne permet cependant pas de connaître l'institution compétente pour effectuer un contrôle en la matière. Il semble alors que le médecin, auprès de qui le consentement est exprimé, paraît le mieux à même pour constater l'immaturité manifeste de l'intéressée. Lorsque le médecin attesterait de l'impossibilité pour la mineure de consentir à l'acte, l'intervention des titulaires de l'autorité parentale redeviendrait le principe. Pour autant, ils ne peuvent dans le cadre de l'I.V.G pour détresse passer outre le refus de la mineure, ni autoriser l'acte alors que l'intéressée est hors d'état de manifester sa volonté[460]. L'appréciation de la détresse ne peut jamais être l'œuvre d'un tiers, au risque de permettre des abus. Il n'est donc

[457] En ce sens, D. Vigneau, « L'autonomie du mineur en matière de santé », *in* J.-J. Lemouland (ss. dir.), *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 27 juin 2003, 4e journée internationale, Litec, 2004, p. 41, spéc. p. 48

[458] Mme M.-C. Moreau, juriste entendue par la délégation au droit des femmes le 14 octobre 2000, a proposé de fixer une majorité pour l'I.V.G à 15 ou 16 ans, tout en ayant une préférence pour 16 ans, car si 15 ans correspond à l'âge possible pour se marier, 16 ans correspond mieux aux statistiques relatives à la sexualité des adolescentes.

[459] Voir notamment F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la pré-majorité », *JCP* G 1984, I, 3142 ; F. Vauvillé, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse Lille II 1991, spéc. p. 553. Voir également le rapport pour le Ministre de la santé du Professeur Michèle Uzan, chef du service de gynécologie-obstrétique de l'hôpital Jean Verdier à Bondy, sur la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes, préc.

[460] *Cf. supra*.

ici question que d'assistance et non de représentation. Cette seconde hypothèse n'est envisageable qu'en cas d'interruption médicale de grossesse[461]. Il est regrettable que le législateur n'ait pas envisagé cette situation. En l'état, certaines interruptions volontaires de grossesse peuvent donc être effectuées sans que les parents en soient informés alors que la mineure concernée est manifestement influencée. Le rôle de l'adulte référent révèle ici ses limites.

316. Ainsi l'autonomie reconnue au mineur met pour l'essentiel fin aux prérogatives parentales. Par suite, les solutions judiciaires adoptées pour pallier un éventuel refus des parents sont appelées à tomber en désuétude, sauf à envisager la prise en compte de l'incapacité naturelle et répondre de la sorte au vide législatif actuel : dans cette hypothèse, le juge pourrait en effet être amené à se déclarer compétent.

b) L'inutilité des solutions judiciaires

317. Avant la réforme du 4 juillet 2001, lorsque aucune des personnes compétentes ne donnait son autorisation à l'I.V.G pour motifs personnels, la mineure ne disposait *a priori* d'aucun moyen légal pour passer outre. L'article L. 162-7 ancien du Code de la santé publique ne permettait aucun échappatoire, bien qu'un projet de loi du 7 juin 1973 ait envisagé de donner la possibilité au médecin, s'il estimait que la recherche de l'autorisation parentale mettait la mineure en danger, de saisir le juge des enfants qui pouvait lui-même dispenser la mineure de ce consentement. Par des moyens détournés, certains juges des enfants ont cependant parfois permis à la jeune femme de mettre fin à sa grossesse[462]. *A priori* inutile depuis la reconnaissance de l'autonomie des mineures en la matière, ces solutions judiciaires peuvent à nouveau être d'actualité dans l'hypothèse d'une prise en compte de l'incapacité naturelle des intéressées. A défaut, elles ne sauraient être envisagées, le législateur ayant même expressément refusé cette solution lors des débats parlementaires. En effet, le député François Goulard s'est vu refusé sa proposition d'amendement donnant le pouvoir au juge des enfants de décider de l'interruption de la grossesse d'une mineure. Mme Lignières-Cassou, dans son rapport au nom de la commission des affaires culturelles,

[461] *Cf. infra* § 367 s.
[462] Voir sur l'ensemble de la question : J.-F. Eschylle, « Le juge de l'assistance éducative et l'I.V.G des mineures célibataires », *RD sanit. soc.* 1997, p. 639 ; et F. Vauvillé, thèse préc., p. 545 et s.

familiales et sociales, s'est même exprimée contre la judiciarisation de la procédure et l'intervention d'une institution non adaptée dans cette situation.

318. La doctrine était divisée sur le point de savoir si le juge peut décider directement ou indirectement de l'interruption de grossesse. Du côté du refus, il est possible de faire état du silence de la loi et du rejet d'amendement en ce sens dès 1979[463]. Du côté de l'acceptation, certains auteurs estimaient que le juge des enfants peut prendre le relais des parents « si la poursuite de la grossesse entraîne, avec suffisamment de certitude, un danger pour la santé physique et mentale de la mineure »[464].

319. Trois fondements peuvent *a priori* être envisagés pour donner au juge des enfants la compétence d'autoriser l'I.V.G sans autorisation parentale.

320. Tout d'abord, afin de passer outre le refus parental, certains magistrats se sont fondés sur la théorie de l'abus de droit. En d'autres termes, si en refusant d'autoriser l'I.V.G, les parents ne répondent pas au souci de protection de la mineure, c'est-à-dire à la finalité de l'autorité parentale, ils abusent de leur prérogative, qui doit alors leur être retirée. Aujourd'hui, une telle solution a perdu toute utilité depuis que la mineure peut faire le choix de passer outre le consentement parental. Un tel raisonnement avait été tenu par la Cour d'appel de Bordeaux le 4 décembre 1991[465], qui énonce que « les droits d'autorité parentale ont été créés pour que les parents assurent l'éducation de leur enfant, mais pas pour qu'ils fassent injustement souffrir leur enfant, ou qu'ils lui nuisent ». Tel était le cas en l'espèce : les parents avaient subordonné leur autorisation au retrait par la mineure de sa plainte pour inceste. L'I.V.G a cependant ici été refusée au motif que la grossesse n'est pas un danger en soi et au regard de l'incertitude quant à la réalité du consentement de la mineure. Pour être caractérisé, l'abus de droit né du refus de consentir à l'I.V.G doit en effet être de nature à mettre en danger la mineure. Or la seule grossesse ne suffit pas à caractériser un danger. C'est pourquoi la théorie de l'abus de droit, sans être exclue en matière d'I.V.G pour détresse, semble mieux correspondre à la situation de l'I.V.G pour motif médical qui peut être

[463] Voir P. Raynaud, note sous JE Evry, 8 novembre 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 218 et *RD sanit. soc.* 1983, n° 4, p. 162 ; Voir également F. Dekeuwer-Défossez, « Interruption de grossesse », *Rép. pén*. Dalloz, avril 1996, n° 169.
[464] M. Hardouin, « Grossesse et liberté de la femme », *Dr. soc.* Sept.-oct 1977, p. 310, n° 108. Voir également le rapport de Jean Mézard au nom de la commission et de Mme le Ministre Monique Pelletier, lors de l'élaboration du texte de 1979.
[465] CA Bordeaux, 4 décembre 1991 : *D.* 1993, jurisp. p. 129, note Th. Dubaele.

envisagée en cas de péril grave pour la santé de la femme[466]. Il n'empêche que le refus parental justifié seulement par la volonté de sanctionner « l'inconduite » de leur fille peut être considéré comme un abus de droit. Lorsqu'il est possible de caractériser les risques de danger de la maternité pour son équilibre psychique[467], le fondement de l'abus de droit peut conduire le juge des enfants à ouvrir une mesure d'assistance éducative et à autoriser directement ou indirectement l'I.V.G.

321. Ensuite, certains magistrats ont fait appel aux articles 27 et 28 du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux. En cas d'hospitalisation et lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, ces textes permettent au médecin de saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent. C'est sous le visa de ce texte que le juge des enfants d'Evry, le 8 novembre 1982[468], a autorisé l'interruption de grossesse d'une mineure malgré le refus parental, tout en assortissant cependant sa décision de l'exécution provisoire, ce qui ne va pas sans ironie dans un domaine où l'intervention revêt un caractère irrémédiable[469]. Pour autant, le domaine d'application du décret de 1974 ne semble pas correspondre à l'I.V.G pour détresse : la qualification d'opération chirurgicale nécessaire telle que visée par l'alinéa 2 de l'article 28 du décret est très discutable et même exclue lorsque l'I.V.G a lieu par absorption du RU 486. La mise en œuvre du décret de 1974 semble impossible en matière d'I.V.G pour détresse. Il en ira différemment pour l'interruption médicale de grossesse, pour laquelle la nécessité de l'intervention est plus aisément démontrable[470]. De plus, là encore, l'utilité du décret semble aujourd'hui réduite, dans la mesure où il est possible à la mineure apte à consentir à l'acte de se passer de l'autorisation parentale. Dans tous les cas, la mise en œuvre du décret ne donne pas en elle-même au juge le pouvoir d'autoriser l'I.V.G. Elle permet seulement d'ouvrir une mesure d'assistance éducative, si les conditions en sont réunies, ce qu'a fait le juge d'Evry.

---

[466] *Cf. infra* § 368.
[467] *Cf. infra* § 368.
[468] JE Evry, 8 nov. 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 218 et *RD sanit. soc.* 1983, n° 4, p. 162, note P. Raynaud.
[469] Cette exécution provisoire semble trouver sa justification dans l'urgence de la situation et dans l'article 1184 du nouveau code de procédure civile, qui impose au juge des enfants d'avertir et d'entendre les parents avant de prendre l'une des mesures provisoires prévues à l'article 375-5, sauf urgence. Appliquée à l'I.V.G, cette disposition perd tout son sens, révélant ainsi les difficultés d'application des règles de l'assistance éducative à la situation spécifique de la grossesse d'une mineure.
[470] *Cf. infra* § 368.

322. C'est enfin directement sur le fondement de l'assistance éducative que certains juges ont autorisé l'interruption volontaire de grossesse pour motifs personnels. Aux termes de l'article 375 du Code civil, le juge des enfants peut prendre des mesures d'assistance éducative pour mettre fin à la situation de danger quant à la santé, la sécurité ou la moralité de l'intéressée mineure. La mise en œuvre de cette disposition soulève cependant deux difficultés : déterminer si la grossesse est constitutive d'un danger pour la mineure, et savoir si l'I.V.G peut être ordonnée au titre d'une mesure d'assistance éducative.

323. En soi, la grossesse ne constitue pas un danger. C'est pourquoi *a priori*, l'assistance éducative ne semble pouvoir être mise en œuvre qu'en matière d'interruption médicale, qui implique que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic[471]. Mais parfois, la détresse peut induire un danger. Certains juges ont, au regard des faits, admis son existence. Tel est le cas lorsqu'il y a risque de suicide lié à la grossesse mettant la santé psychique en danger[472], isolement et anxiété liés à la grossesse et conduisant à la marginalisation de la mineure, compromettant ainsi gravement ses conditions d'éducation[473], rupture entre la mère et la fille-mère mettant celle-ci dans une situation matérielle et morale extrêmement préoccupante[474], ou rapport d'expertise psychiatrique caractérisant l'état de détresse en raison d'une dépression que la grossesse ne ferait qu'aggraver[475].

324. Si le danger peut être caractérisé même en dehors de l'hypothèse d'une interruption médicale, il est ensuite possible de s'interroger sur le fait d'ordonner une I.V.G dans le cadre des mesures d'assistance éducative. *A priori*, un tel acte ne devrait pas pouvoir être effectué dans ce cadre. L'article 375 al. 3 du Code civil oblige le juge à fixer un terme à la mesure. Néanmoins, le juge des enfants d'Orléans, le 22 mai 1975[476], a admis que l'I.V.G peut constituer une mesure d'assistance éducative au motif que l'article L. 162-7 du Code de la santé publique donne aux parents qui exercent l'autorité parentale le pouvoir de consentir à l'I.V.G, et que l'article 375-7 du Code civil les conduit à ne plus exercer les attributs de l'autorité parentale qui sont inconciliables avec la mesure d'assistance éducative. En d'autres

[471] *Cf. infra* § 368.
[472] JE Orléans, 22 mai 1975 : *DEF* 1975, p. 87.
[473] JE Versailles, 14 octobre 1975 : *DEF* 1975, p. 89.
[474] JE Evry, 8 novembre 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 218 et *RD sanit. soc.* 1983, n° 4, p. 162, note P. Raynaud.
[475] CA Colmar, ch. Mineurs, 22 septembre 1995 : *Journal du droit des jeunes* oct. 1996, n° 158, p. 46.
[476] JE Orléans, 22 mai 1975, préc.

termes, pour le juge des enfants d'Orléans, le consentement à l'I.V.G peut faire partie des attributs que les parents abandonnent pour permettre la mesure d'assistance éducative. Dans cette espèce, l'établissement à qui la mineure a été confiée s'est donc vu fondé à consentir à l'I.V.G. Il y a là un véritable transfert judiciaire d'une prérogative de l'autorité parentale. Cette jurisprudence, antérieure à la réforme de 2001 permettant à la mineure de se passer de l'autorisation parentale, reste d'actualité : les titulaires de l'autorité parentale conservent le pouvoir de consentir, même s'il n'est plus absolu. Pour autant, les parents ne peuvent décider de l'I.V.G pour détresse sans le consentement de la mineure, même si elle est hors d'état de manifester sa volonté. La mesure éducative décidée par le juge des enfants ne peut donc pallier l'absence de volonté consciente de la mineure. Le juge des enfants, pas plus que les parents, ne peut apprécier la détresse de la mineure. La compétence du juge des enfants au titre de l'assistance éducative ne répond aujourd'hui, comme hier, qu'à l'hypothèse du refus parental.

325. Ainsi, les solutions antérieurement préconisées pour permettre au juge de décider directement ou indirectement de l'I.V.G pour détresse d'une mineure malgré le refus parental semblent encore pouvoir être retenues aujourd'hui. Mais les difficultés qui se rencontraient hier pour déterminer la place de l'I.V.G dans les mesures d'assistance éducative n'ont pas disparu. Le juge des enfants ne peut pas décider de l'I.V.G pour détresse sans le consentement de la mineure.

326. Dans tous les cas, *de lege lata*, aucune mesure de contrôle n'étant mise en place, les doutes sur le caractère conscient du consentement exprimé par la jeune femme ne font pas obstacle à son I.V.G pour détresse. Seule l'absence de consentement oblige à réunir les conditions restrictives de l'interruption médicale de grossesse, ce qui dans cette hypoyhèse extrême sera cependant plus aisée. *De lege ferenda*, la solution consistant à revenir au consentement parental lorsque le consentement de la mineure ne paraît pas conscient permettrait de tendre vers une décision partagée, d'éviter l'hypocrisie d'une autonomie détachée de la réalité, sans avoir à dénaturer l'interruption médicale de grossesse.

327. Aux précisions légales reconnaissant l'autonomie de la mineure en matière d'I.V.G pour détresse s'oppose l'absence de toutes dispositions spécifiques pour les majeures incapables. Comme pour les mineures cependant, l'expression de son consentement reste l'élément essentiel de l'acte.

B) Le consentement de l'incapable majeure à l'interruption volontaire de grossesse pour détresse

328. Le législateur n'a pas envisagé l'I.V.G pour détresse d'une incapable majeure sous tutelle ou curatelle. Mais le principe selon lequel le consentement de la femme est toujours nécessaire bénéficie également à la femme majeure placée sous un régime de protection. (1). Lorsque l'intéressée est apte à exprimer son consentement, les tuteurs et curateurs ne peuvent ni l'assister ni la représenter sur ce point. Il est cependant nécessaire d'envisager leur intervention (2).

1. Un consentement toujours nécessaire

329. Comme toute femme, l'incapable majeure apprécie librement sa détresse. En l'absence de disposition contraire, elle est la seule à pouvoir le faire, dans la mesure où il s'agit d'un acte éminemment personnel[477]. Les tuteurs et curateurs ne peuvent en principe pas représenter ou assister leur pupille sur ce point. Il ne peut surtout pas être passé outre un refus de l'intéressée exprimé de manière consciente[478].

330. La volonté de la femme est essentielle à l'I.V.G. Il est donc nécessaire qu'elle soit apte à exprimer sa volonté et à consentir à l'acte. Il est ainsi possible de parler de lucidité de l'incapable majeure[479]. Le gynécologue semble alors le mieux à même d'apprécier la portée des désirs de la femme[480], même si ce rôle ne lui a pas été reconnu par le législateur.

[477] *Cf. supra* § 290.
[478] Voir en ce sens J. Hauser, « Réflexion sur la protection de la personne de l'incapable », Mélanges Raynaud, Dalloz, 1985, p. 233 ; G. Mémeteau, « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *RD sanit. soc.* 1983, p. 537 ; Principes 22-1 de la recommandation n° R(99) du Comité des ministres aux Etats membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée le 23 février 1999 : « Lorsqu'un majeur, même s'il fait l'objet d'une mesure de protection, est en fait capable de donner son consentement libre et éclairé à une intervention déterminée dans le domaine de la santé, celle-ci ne peut être pratiquée qu'avec son consentement ».
[479] A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989, n° 993-1 ; J.-M Plazy, *La personne de l'incapable*, Imprimerie La Mouette, Collection de thèse Doctorat et Notariat, 2002, n° 672.
[480] M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles. Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, E.S.F éditeur, 3e éd., 1999, p. 305.

331. C'est en ce sens que s'est prononcé le TGI de Poitiers le 11 juin 1982, sur appel d'une ordonnance prise par le juge des tutelles le 9 avril 1982[481]. Enonçant que l'on doit reconnaître à la personne de l'incapable « le droit le plus sacré de mettre au monde un enfant qu'elle désire et dont elle a parfaitement et clairement exprimé le désir », le tribunal valide le refus à l'I.V.G exprimé en opposition avec son représentant dans un moment de lucidité par la majeure sous tutelle. La décision du juge des tutelles, qui constatait que s'agissant d'un droit strictement personnel, il ne peut être suppléé au consentement de la femme majeure même incapable, est confirmée.

332. Poutant, la majeure incapable est plus souvent que la mineure dans l'impossibilité d'exprimer un véritable consentement. Lorsque cette dernière est en âge de procréer, elle dispose en principe d'une volonté consciente, alors que la majeure sous tutelle « a besoin d'être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile »[482]. En d'autres termes, une incapacité naturelle de consentir à l'I.V.G peut fréquemment être établie pour les majeures incapables. En ce cas, il n'est pas possible de recueillir le consentement de la femme. Aucune solution à ce problème n'est donnée par le législateur. Or *de lege lata*, il ne peut être possible de pratiquer une I.V.G pour détresse sans le consentement de l'intéressée. Aussi, son incapacité naturelle fait-t-elle obstacle à son I.V.G pour détresse, et seul un motif médical permet de décider pour elle d'interrompre sa grossesse.

333. L'impossibilité de procéder à une I.V.G pour détresse sans le consentement de l'intéressée et la nécessité qui en découle de caractériser un motif médical soulèvent des difficultés. Il n'est pas toujours facile de rapporter la preuve d'un motif médical au sens de l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique. Lorsque la majeure incapable est dans l'impossibilité d'exprimer son consentement, l'absence de représentation conduit parfois actuellement à empêcher l'interruption de grossesse. Les conséquences de la maternité, sans mettre en péril grave la santé de la femme, peuvent pourtant lui porter préjudice lorsqu'elle est psychologiquement très fragilisée. Afin d'éviter ce problème, il est souhaitable que le législateur envisage expressément la possibilité de caractériser l'incapacité naturelle de la femme à consentir à son I.V.G, et en précise les conséquences.

[481] TGI Poitiers, 11 juin 1982, inédit, cité et commenté par G. Mémeteau, *in* « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *RD sanit. soc.* 1983, p. 525.
[482] Article 492 du Code civil.

334. Certaines de ces conséquences peuvent consister *de lege ferenda* à reconnaître un pouvoir de représentation aux tuteurs et curateurs de la femme dont la preuve de l'incapacité naturelle a été rapportée, lorsque celle-ci fait déjà l'objet d'un régime civil de protection. Dans cette hypothèse, la preuve de l'impossibilité pour la femme de donner son consentement personnel est rapportée, et la mission de représentation qui incombe aux tuteurs et curateurs n'est pas attachée à l'incapacité civile mais à l'incapacité naturelle. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le curateur peut ici disposer d'un pouvoir de représentation : il n'agit pas en sa qualité de curateur, donc ses prérogatives ne relèvent pas de ce régime. Les tuteurs et curateurs interviendraient alors à titre de « personnes qui sont investies [à l'égard de l'intéressée] d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec [elle] désignent comme des protecteurs naturels »[483]. Leur rôle ne serait qu'une application particulière du principe général posé par l'article 36 du Code de déontologie[484] qui énonce que « si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité ». Né de la loi du 4 mars 2002, l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique consacre d'ailleurs cette notion de « personne de confiance » utile lorsque l'individu est hors d'état de manifester sa volonté, même si aux termes de cette disposition le majeur sous tutelle ne peut pas en désigner une. En matière d'I.V.G, le consentement de l'intéressée doit donc être obtenu tant qu'elle est en état de l'exprimer. Mais si la preuve contraire est rapportée, afin de permettre une I.V.G pour détresse et ainsi éviter une dénaturation de l'interruption pour motif médical, il faut donner la possibilité aux tuteurs et curateurs d'apprécier la détresse de leur pupille et de décider à sa place de mettre fin à sa grossesse. A défaut, des grossesses non désirées et non assumées, traumatisantes pour l'intéressée, pourraient être poursuivies contre l'intérêt de la majeure incapable. Toutefois, ce système ayant pour effet d'attenter à la liberté que connaît toute femme même incapable de poursuivre sa grossesse, il est nécessaire d'opérer un contrôle du consentement exprimé par le tuteur ou le curateur. Plus exactement, il est indispensable de vérifier l'impossibilité pour la femme incapable de consentir par elle-même. Tel est le cas d'une femme enceinte tombée dans le coma. Le juge des tutelles, assisté sur ce point par le corps médical, semble pouvoir effectuer ce constat et donner au tuteur ou curateur de l'intéressée l'autorisation de faire procéder à l'I.V.G sans le consentement de l'incapable. De plus, par analogie avec la solution retenue en matière de stérilisation, la réunion d'un comité

[483] Voir Cass. 1re civ., 8 nov. 1955 : *JCP* 1955, II, 9014, obs. R. Savatier.
[484] Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995.

d'experts serait souhaitable, afin d'éviter les décisions hatives et pour assurer le suivi de la majeure après l'interruption.

335. Dans l'hypothèse où le consentement est valablement exprimé par l'intéressée, il apparaît suffisant. Il est cependant possible de s'interroger sur l'intervention de certains membres des organes de protection de l'incapable.

2. Un consentement suffisant

336. En réformant l'I.V.G des mineures, le législateur n'a pas statué sur l'autonomie de la majeure incapable pour interrompre sa grossesse. Il apparaît que si son consentement est nécessaire au regard de la nature éminemment personnelle de l'acte, rien ne permet d'affirmer ou de nier qu'il soit suffisant. Différentes approches de l'I.V.G pour détresse peuvent alors être proposées, conduisant à des solutions opposées.

337. Tout d'abord, le caractère éminemment personnel de l'acte peut conduire à rejeter toute intervention extérieure dans la procédure. La femme est la seule à pouvoir apprécier sa détresse et personne ne doit pouvoir s'opposer à son choix. Par conséquent, le consentement exprimé par l'incapable majeure suffit donc dès lors qu'elle est lucide[485]. Elle ne bénéficie donc pas d'une protection plus importante que celle accordée à toute femme civilement capable. Respectueuse du principe de liberté, cette solution n'est pas à l'abri de critiques. S'il n'y a pas d'incapacité pour apprécier sa détresse et décider de son I.V.G, il doit cependant y avoir protection des plus faibles. Il ne peut être envisageable de laisser une majeure sous tutelle ou curatelle totalement seule pour effectuer une telle démarche. Si la présomption d'absence de consentement qui pèse sur l'incapable ne joue pas ici, les causes du placement sous un régime de protection subsistent de manière générale, ce qui doit conduire à assurer la protection de l'intéressée. Pour autant, comme pour la mineure, il ne peut s'agir ni d'assistance ni de représentation.

338. Cette dernière remarque conduit ensuite, toujours en faveur de l'autonomie de l'incapable majeure et pour pouvoir considérer son consentement comme suffisant, à envisager de transposer le système mis en place par le législateur pour la femme mineure non

[485] En ce sens, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 1024.

émancipée à la femme majeure sous tutelle ou curatelle. Conformément aux dispositions prévues par l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique pour les mineures, il faut en principe obtenir l'autorisation des tuteurs ou curateurs. Mais dans l'hypothèse où l'incapable majeure souhaite garder le secret sur sa grossesse, ou si les représentants légaux s'opposent à l'interruption, il est possible de se dispenser d'autorisation. En ce cas, un autre intervenant doit alors être présent, pour accompagner l'incapable dans sa démarche. Sur ce point, la notion d'adulte référent peut s'adapter sans difficulté à l'I.V.G d'une majeure incapable. Mais sur le principe, il n'est pas certain que le système envisagé pour une mineure puisse correspondre à une majeure. Le tuteur ou le curateur ne peut être assimilé au titulaire de l'autorité parentale, ni même au tuteur d'un mineur. Par suite, le principe de l'autorisation ne se justifie pas et le régime mis en place pour les mineures ne correspond pas en l'état à la situation des majeures incapables.

339. Une autre approche peut être proposée, conduisant à considérer le consentement à l'I.V.G exprimé par la majeure incapable comme insuffisant en application des règles de son incapacité civile. Une réponse ministérielle du 19 janvier 1981[486] énonce pour ce qui concerne la tutelle qu'il « résulte de la combinaison des articles 450 et 495 du Code civil que le tuteur doit représenter le majeur en tutelle dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise ce dernier à agir lui-même. La demande d'interruption de grossesse n'étant manifestement pas un acte usuel et les lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979[487] relatives à l'interruption volontaire de grossesse n'ayant pas prévu la possibilité pour la femme majeure qui fait l'objet d'une mesure de tutelle d'agir seule, il faut admettre que les démarches tendant à l'intervention médicale considérée doivent être accomplies par le tuteur. S'agissant d'un acte grave concernant la personne de l'incapable, il est même permis de penser, en se fondant également sur le renvoi général opéré par l'article 495, que le tuteur devrait être autorisé par le conseil de famille, à défaut, par le juge des tutelles ». Sans nul doute valable de manière générale, ce raisonnement est cependant beaucoup plus discutable dans un domaine aussi personnel que l'I.V.G. L'application de l'article 450 dans la tutelle des majeurs ne doit pas conduire à reconnaître au tuteur des prérogatives qu'il n'a pas lorsque son pupille est mineur. En d'autres termes, si l'article 450 ne donne pas au tuteur d'une mineure le

[486] Rép. min. n° 41 249 du 19 janvier 1981, *JO* AN CR, 22 mai 1981, p. 2234 ; *Journal des notaires* 1981, art. 56373, p. 1463. Dans le même sens, voir le Rapport de Me D. Salomé et Me J.-Y. Camoz : « L'autonomie des personnes protégées », n° 55, 80e congrès des Notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles 27-30 mai 1984 ; Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne. L'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. soc.* 1991, p. 13.
[487] Et sur ce point, la loi du 4 juillet 2001 n' a rien modifié.

pouvoir de la représenter pour apprécier sa détresse et décider de son I.V.G, il doit en être de même pour le tuteur d'une majeure.

340. Par suite, la solution est identique en matière de curatelle, pour laquelle la réponse ministérielle du 19 janvier 1981 précise également que « l'article 510 paraît impliquer l'assistance du curateur et, en cas de refus du curateur, l'autorisation du juge des tutelles. Une interprétation en ce sens pourrait être confortée par l'article 464, alinéa 3, qui dans le domaine des actions extra-patrimoniales, prévoit l'assistance du curateur : ce qui est valable pour une action en justice devrait l'être également pour un acte juridique présentant le même caractère ». L'article 510 faisant référence aux actes qui en matière de tutelle nécessitent l'autorisation du conseil de famille, l'exclusion du consentement à l'I.V.G de cette catégorie joue aussi en matière de curatelle. Si le tuteur ne peut représenter la majeure pour apprécier sa détresse, le curateur perd également son rôle d'assistance. De même, il ne faut pas ici faire appel à l'article 464 al. 3 : le caractère éminemment personnel de l'I.V.G ne permet pas de confondre un tel acte avec une action en justice.

341. Ainsi, l'absence de représentation et d'assistance du tuteur et du curateur de la majeure conduit à rendre inutile le recours aux articles 501 et 511 du Code civil. Il n'est pas nécessaire de lui rendre une capacité dont elle n'a pas besoin. Le consentement à l'I.V.G ne relève pas des règles de l'incapacité civile. Néanmoins, si la présomption d'absence de consentement ne joue pas, il est toujours possible d'en rapporter la preuve. En d'autres termes, si l'incapacité civile de la femme ne l'empêche pas de consentir seule à son I.V.G pour détresse, la preuve de son incapacité naturelle fait obstacle à cette interruption. Le consentement doit alors être exprimé par les tuteurs et curateurs, autorisés par le juge des tutelles, sous le contrôle d'un comité d'experts[488].

342. L'ensemble de ces approches, bien qu'opposées dans leurs solutions, peuvent être confondues pour répondre à la difficulté née de l'I.V.G pour motifs personnels d'une majeure incapable. Il apparaît que si son consentement est toujours nécessaire dès lors qu'elle est lucide, il est alors également suffisant. Mais l'absence d'incapacité en la matière ne devant pas la priver de protection, il convient de s'inspirer du système mis en place pour les mineures, sans cependant le transposer, afin d'obliger la femme sous tutelle ou curatelle à se

[488] *Cf. supra* § 334 s.

faire accompagner par la personne de son choix dans les démarches nécessaires à son I.V.G. Cette personne jouant le rôle de l'adulte référent peut être le tuteur ou le curateur, comme tout individu majeur et civilement capable, à la discrétion de l'intéressée qui par hypothèse est apte à exprimer sa volonté. Cet accompagnement s'apparente à celui effectué par l'adulte référent dans la procédure d'I.V.G d'une mineure : il assure une mission de protection en dehors du régime des incapacités.

343. Cette absence de mise en jeu des règles de l'incapacité civile de l'intéressée pour consentir à l'I.V.G pour détresse ne se retrouve pas en matière d'interruption médicale de grossesse. La différence de motifs entraîne une différence de régime.

§ 2. L'interruption médicale de grossesse

344. Aux termes de l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique, « l'interruption peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

345. La loi du 4 juillet 2001 n'a pas modifié les causes de ce mode d'interruption, même si le chapitre III du livre deuxième relatif à l'I.V.G traite désormais de l'interruption médicale et non plus de l'interruption thérapeutique de la grossesse. Ce changement terminologique révèle les difficultés éthiques posées par ce type d'interruption (A). Le consentement de l'incapable à cet acte est problématique, et ce d'autant plus que le législateur n'a pas envisagé distinctement les situations de la mineure et de la majeure (B).

A) Le motif médical

346. Le changement terminologique né de la loi du 4 juillet 2001 révèle une conception large de ce type d'interruption de grossesse. La poursuite d'un motif médical pour interrompre la grossesse d'une mineure et surtout d'une majeure incapable peut même conduire à s'interroger sur l'existence d'un certain eugénisme (1). Ce risque a d'ailleurs déjà

trouvé un écho en jurisprudence, heureusement corrigée pour l'essentiel par le législateur, en cas d'échec de l'interruption de grossesse (2).

1. Le risque d'eugénisme

347. Le motif médical de l'interruption de grossesse réside dans un péril grave pour la santé de la femme ou dans une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Dans les deux cas, l'application de ces règles aux mineures et majeures incapables peut conduire à s'interroger sur l'existence d'un certain eugénisme, défini par le comité consultatif national d'éthique comme « toute pratique collective institutionnalisée qui vise à favoriser l'apparition de certains caractères ou à en éliminer d'autres jugés négatifs »[489].

348. Si l'exigence d'un « péril grave » pour interrompre la grossesse d'une femme conduit à limiter le nombre d'interruptions médicales, la santé qui est ici protégée doit être entendue largement. L'I.M.G est ainsi possible lorsque la santé physique ou psychique est mise gravement en péril par la grossesse. Déjà, le premier projet de loi autorisait l'interruption lorsque « la poursuite de la grossesse met en danger sa santé physique, mentale ou psychique dans l'immédiat ou par des complications lointaines, l'âge pouvant constituer un facteur aggravant de ce risque »[490]. Le danger pour la femme était alors décrit comme « un trouble profond dans l'équilibre de sa personnalité ou un bouleversement à la limite du supportable »[491]. Plus concis, la formulation finalement retenue ne fait mention que de la santé de la femme en général, englobant le physique et le psychique sans en imposer une définition qui aurait sans nul doute posé des problèmes. Elle ne saurait cependant dépasser le domaine de la psychiatrie : les difficultés sociales ne sont pas constitutives d'un motif médical. Lors de la réforme de 2001, le législateur a rejeté un amendement proposé par certains députés qui préconisaient d'ouvrir l'interruption médicale aux motifs psychosociaux d'une particulière gravité, situation vérifiée au cas par cas par une équipe pluridisciplinaire[492].

[489] Avis du CCNE n° 66 du 23 novembre 2000.
[490] Projet de loi présenté par le gouvernement Messmer le 7 juin 1973.
[491] Voir sur cette élaboration de la loi de 1975, G. Roujou de Boubée, « L'interruption volontaire de grossesse (commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975) » : *D.* 1975, chron. p. 209.
[492] Amendement de M.-T. Boisseau, approuvé sur ce point par J.-M. Dubernard.

349. La notion de santé physique ne pose pas de problème. Sa prise en compte illustre seulement la plus grande importance reconnue à l'intérêt de la mère face à celui de l'enfant avant la naissance. La question de la santé psychique est plus délicate. Il faut la comprendre comme ce qui s'oppose aux caractéristiques physiologiques, organiques, et qui n'est relatif qu'à la pensée[493]. En réalité, la santé psychique se définit surtout à travers la notion de péril grave. Le « psychisme » n'est pris en compte que si l'effet que produit la grossesse met la femme en danger : tel est notamment le cas du trouble qu'elle subit lorsque la grossesse est la conséquence d'un viol ou d'un inceste[494].

350. L'incapacité civile de la femme ne correspond pas en soi au motif médical de l'interruption de grossesse. La présomption d'absence de consentement et le régime de protection qui en découle ne sont pas inconciliables avec la poursuite d'une grossesse. Mais il peut en aller différemment eu égard à la cause de cette incapacité. L'altération des facultés mentales envisagée à l'article 490 du Code civil, à l'origine de la tutelle ou de la curatelle d'une majeure, peut en effet être aggravée par une grossesse. En ce cas, c'est aussi bien la santé physique, l'altération des facultés mentales relevant de caractéristiques physiologiques, que la santé psychique qui sont prises en considération.

351. Pour autant, il ne suffit pas de constater une telle altération pour caractériser le motif médical. Il est nécessaire de rapporter la preuve d'un péril grave pour la santé de la femme. En d'autres termes, l'altération des facultés ne suffit pas à caractériser un motif médical à l'interruption de grossesse. La femme incapable même placée sous tutelle ne peut bénéficier d'une I.M.G que sous la condition posée par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique, c'est-à-dire sous la condition de produire une attestation de deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire du péril grave pour sa santé. De même, le très jeune âge n'est pas suffisant pour caractériser un péril grave pour la santé physique ou psychique. La mineure n'est donc pas automatiquement concernée par une I.M.G. L'incapacité est sans conséquence. La majeure sous tutelle ou curatelle et la mineure relèvent des mêmes règles que toute personne capable.

352. Cette absence d'effet de l'incapacité en matière d'I.M.G en cas de péril grave pour la santé de la femme n'exclut pas tout risque d'eugénisme. En effet, si l'interruption

[493] Le Grand Robert de la langue française, V° Psychique, sens 1.
[494] Voir sur ce point V. Doumeng, *op. cit.*, n° 1013.

fondée sur la protection de la santé de la mère ne semble poursuivre que son intérêt, il en va différemment de l'interruption justifiée par une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. En ce cas, l'incapacité est certes sans effet, mais les causes de l'incapacité de certaines majeures incapables pouvant être à l'origine de risque de transmission génétique à l'enfant à naître, il est à craindre que la population de ces majeures incapables fasse indirectement l'objet d'un certain eugénisme en étant systématiquement privées de la possibilité de poursuivre leur grossesse. Le risque est d'autant plus grand qu'il est possible de se fonder sur « l'aptitude de la femme et du couple à « assumer » la venue d'un tel enfant »[495]. Bien qu'accentuée par le problème de l'expression par les représentants légaux du consentement à l'acte[496], cette difficulté n'est pas propre aux majeures incapables. Elle concerne toutes les femmes dont l'enfant à naître risque fortement d'avoir de graves problèmes de santé. Surtout, l'interruption exige dans tous les cas un examen individuel, ce qui ne correspond pas à la définition de l'eugénisme. Tant que le législateur n'envisage pas directement l'incapacité civile comme cause d'I.M.G, il n'y a pas d'eugénisme. Un auteur préfère d'ailleurs parler d'orthogénie, révélant la place essentielle faite à la volonté parentale dans l'acte, au détriment de l'interventionnisme étatique[497]. De même, deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire d'un centre de diagnostic prénatal doivent attester de la forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité[498].

353. Si l'étude des causes de l'I.M.G conduit à lui refuser la qualification de pratique eugénique, la jurisprudence a cependant fait écho à une conception profondément eugénique consistant à admettre la réparation du préjudice lié à la naissance handicapée, notamment dans le cadre de l'échec d'une I.M.G. Le législateur a mis fin à ce courant par une loi du 4 mars 2002, mais la confrontation de cette position jurisprudentielle à l'incapacité des parents reste intéressante.

---

[495] N. J. Mazen, « Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain », *RRJ* 1988, p. 1173.
[496] *Cf. infra* § 374 s.
[497] A. Giudicelli, « Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme », Thèse Poitiers 1993, p. 207 : « avant de qualifier cette attitude d'eugénique, il faut considérer qu'un autre couple, placé dans une situation semblable, pourrait choisir d'écarter la solution abortive. Ce qui est fondamental, c'est que la liberté de choix soit laissée aux parents. Le basculement vers l'eugénisme résulterait de la substitution du dirigisme étatique à la décision parentale ».
[498] Article L. 2213-1 al. 3 du Code de la santé publique.

2. Les conséquences de l'affaire Perruche

354. L'échec de l'interruption de grossesse[499], notamment lorsqu'elle est recherchée par la mère pour un motif médical, ou encore l'inefficacité d'une stérilisation suite à une faute médicale[500], a conduit la jurisprudence à reconnaître un droit à indemnisation aux parents lorsque l'enfant est handicapé. Sans revenir sur le principe de l'indemnisation des parents dont l'enfant est né « avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée », la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a limité cette indemnisation à leur seul préjudice, sans inclure les charges particulières découlant de ce handicap tout au long de la vie de l'enfant, qui relèvent alors de la solidarité nationale. Le législateur revient ainsi sur la décision Quarez du Conseil d'Etat[501]. La France a récemment été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme[502] pour avoir donné un caractère rétroactif à ce principe de solidarité nationale, c'est-à-dire pour avoir considéré que la loi s'appliquait aux instances en cours. Pour la Cour européenne, le législateur a privé les requérants d'une « valeure patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens », à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par le Conseil d'Etat.

355. La loi du 4 mars 2002 pose surtout en principe que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Il est mis fin à la jurisprudence Perruche, rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000[503] puis confirmée le 13 juillet 2001[504] et le 28 novembre 2001[505].

---

[499] Voir notamment CE, 2 juillet 1982, Dlle Riou : *Rec. CE* p. 266 ; *RD sanit. soc.* 1983, p. 95, concl. M. Pinault ; *Gaz. Pal.* du 4 avril 1983, jurisp. p. 193, note F. Moderne ; Cass. 1re civ., 25 juin 1991 : *D.* 1991, jurisp. p. 566, note Ph. Le Tourneau.

[500] Voir notamment CAA Nancy, 30 avril 1997, Mme Mannheim : *Petites affiches* du 21 janvier 1998, p. 18, obs. P.T. ; *RD sanit. soc.* 1998, n° 11, p. 830, obs. J.-M. de Forges ; TA Strasbourg, 21 avril 1994 : *Petites affiches* n° 126 du 21 octobre 1994, p. 22, note F.M.

[501] CE sect., 14 février 1997, CHR de Nice c/ époux Quarez, *RD adm*. 1997, p. 374, concl. V. Pécresse ; *AJDA* 1997, p. 430, chron. D. Chauvaux et Th. Girardot ; *JCP* G 1997, II, 22828, note J. Moreau ; *D.* 1998, somm. p. 294.

[502] Cour EDH, 6 octobre 2005, Draon c/ France, n° 1513/03 et Maurice c/ France, n° 11810/03, RJPF 2006-1/30, obs. A. Leborgne. Tirant les conséquences de ces deux arrêts, la Cour de cassation a récemment jugé de façon identique que l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002 méconnaissait l'article 1er du protocole n° 1 de la convention européenne des droits de l'homme : Cass. 1re civ., 24 janvier 2006 (3 arrêts).

[503] Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, Perruche : *JCP* G 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; *D.* 2001, p. 336 concl. orales J. Sainte-Rose, jurisp. p. 332 note D. Mazeaud et jurisp. p. 336 note P. Jourdain ; *Dr. famille* janv. 2001, comm. n° 11, obs. P. Murat ; *Defrénois* 2001, p. 262 note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 2001, p. 103, n° 1 obs. J. Hauser et n° 2, p. 149 obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 24/25 janvier 2001, jurisp. p. 37, note J. Guigue ; F. Terré, « le prix de la vie », *JCP G* 2000, Act. n° 50, p. 2267; G. Mémeteau, « L'action de vie dommageable », *JCP* G 2000, I, 279 ; C. Labrusse-Riou, B. Mathieu et alii, « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *D.* 2000, Point de vue n° 44 ; M. Gobert, « La Cour de cassation méritait-elle le

356. Cette jurisprudence qui acceptait d'indemniser l'enfant pour le préjudice lié à sa naissance handicapé peut cependant sur certains points paraître rester d'actualité[506]. En effet, la formulation adoptée par le législateur dans le texte du 4 mars 2002 ne règle pas tous les problèmes. Si l'enfant ne peut obtenir d'indemnisation « du seul fait de sa naissance », il semble donc *a contrario* possible de lui reconnaître ce droit lorsque sa naissance a lieu dans des circonstances particulières, tel que le handicap. De même, admettre la réparation du préjudice de l'enfant lorsque l'acte médical fautif « n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer » conduit à de nouvelles interprétations. Si l'on admet que l'interruption de grossesse constitue une mesure permettant d'atténuer le handicap, la suppression étant entendue comme une modalité absolue d'atténuation, alors la naissance handicapé pourra toujours donner lieu à réparation.

357. Selon cette interprétation, contraire cependant à l'esprit du texte de 2002, les circonstances particulières de la naissance pourraient être l'état d'incapacité des parents et leur inaptitude à s'occuper de l'enfant. Celui-ci pourrait par exemple obtenir réparation auprès

---

pilori ? (A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *Petites affiches* du 8 décembre 2000, n° 245, p. 4 ; P. Delmas-Saint-Hilaire, « Le handicap prévu et le droit de ne pas naître », *RJPF* 2000-12/19 ; G. Viney, « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion », *JCP* G 2001, I, 286 ; P.-Y. Gautier, « Les distances du juge à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *JCP* G 2001, I, 287 ; J.-L. Aubert, « Indemnisation d'une existence handicapée qui selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *D.* 2001, chron. p. 489 ; L. Aynès, « Préjudice de l'enfant handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, chron. p. 492 ; D. Fenouillet, « Pour une humanité autrement fondée », *Dr. famille* avr. 2001, chron. n° 7 ; C. Radé, « Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question (premières réflexions après l'arrêt Perruche) », *RC ass.* janvier 2001, chron. n° 1 ; A. Pélissier, « L'incidence de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale », *JCP E* 2001, Cah. dr. entr. n° 1, p. 33; F. Leduc, « Handicap génétique ou congénital », *RC ass.* février 2001, p. 4 ; Y. Saint-Jours, « Handicap congénital, erreur de diagnostic prénatal, risque thérapeutique sous-jacent », *D.* 2001, chron. p. 1263 ; A. Terrasson de Fougères, « Périsse le jour qui me vît naître », *RD sanit. soc.* 2001, p. 1 ; D. Salas, « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *Justices* 2001, p. 14 ; P. Kayser, « Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique ? », *D.* 2001, chron. p. 1889 ; J. Hauser, « Le préjudice d'être né, question de principe », *D&P* janv. 2001, Actualité p. 6 ; P. Jestaz, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.* 2001, Variétés p. 547 ; M. Fabre-Magnan, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.* 2001, p. 285.

[504] Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, concl. J. Sainte-Rose et note F. Chabas, *JCP* G 2001, II, 10601 ; *RJPF* 2001-10/33, note J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire ; *D.* 2001, jurisp. p. 2325, note P. Jourdain ; *RD sanit. soc.* 2001, n° 3, p. 848, obs. A. Terrasson de Fougères ; F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions perplexes à propos d'arrêts faussement rassurants », *D&P* déc. 2001, n° 99 p. 24. Cette confirmation est néanmoins très frileuse, et l'on peut légitimement penser que les hauts magistrats, sans vouloir faire preuve d'instabilité jurisprudentielle et revenir sur une position récemment adoptée, ont exprimé leur gêne face à une solution aux conséquences effrayantes, ce qui apparaît dans l'exclusion de l'indemnisation au motif de l'absence discutable des conditions permettant l'interruption de la grossesse. Il semble d'ailleurs que certaines juridictions du fond souhaitent résister à cette position (voir CA Aix en Provence, 10e ch. civ., 21 mars 2001, *JCP G* 2001, II, 10600, note L. Bloch).

[505] Cass. ass. plén., 28 nov. 2001 : *JCP* G 2002, II, 10018, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas.

[506] Voir d'ailleurs pour illustrer les tentatives de contournement de la loi par la jurisprudence : TGI Reims, 19 juillet 2005, Juris-Data n° 2005-281292, *Dr. famille* nov. 2005, Repère p. 3, obs. P. Murat ; *Dr. famille* déc. 2005, comm. n° 283, p. 39, obs. D. Vigneau, qui admet l'indemnisation des deux frères aînés d'une enfant née trisomique à la suite d'une erreur d'interprétation de résultats médicaux, les enfants étant victimes de la séparation des parents imputables à la naissance de cet enfant handicapé.

du médecin du préjudice lié à sa naissance dans un tel contexte, tandis que les représentants légaux de la femme incapable, ou elle-même, avaient sollicité une I.V.G qui a échoué.

358. Une telle interprétation doit être rejetée. Beaucoup trop extensive, elle dénature complètement la loi du 4 mars 2002. Sans aucun doute, le législateur a voulu mettre fin à la possibilité de se prévaloir de sa naissance pour obtenir une indemnisation. Les interruptions de grossesse des incapables ne vont pas se multiplier dans le but d'éviter à plus long terme une action de l'enfant contre les médecins, les représentants légaux voire ses parents. La crainte de l'eugénisme n'est pas fondée.

359. *De lege lata*, l'interruption de grossesse pour motif médical d'une incapable est possible, sans risque d'eugénisme. Se pose alors le problème de l'expression du consentement à l'acte, en l'absence de disposition légale en la matière.

B) Le consentement à l'interruption médicale de grossesse

360. Le consentement de l'intéressée à l'interruption de grossesse pour motif médical, comme en matière d'I.V.G pour détresse, est essentiel à l'acte. Mais le silence du législateur ne doit pas conduire à confondre l'incapacité de la mineure et de la majeure. Tout en respectant au mieux la volonté de l'incapable, il faut dans son intérêt s'interroger sur la possible application des règles relatives aux actes médicaux, dont la mise en œuvre varie selon le type d'incapacité en cause. Il convient donc de distinguer le consentement de l'incapable mineure (1) et de l'incapable majeure (2).

1. Le consentement de l'incapable mineure

361. D'emblée, une constatation s'impose : l'article L. 2213-2 du Code de la santé publique qui énumère les dispositions relatives à l'I.V.G pour détresse applicables à l'I.M.G ne renvoie pas à l'article L. 2212-7. En d'autres termes, le principe selon lequel la mineure peut apprécier seule sa détresse et interrompre sa grossesse pour ce motif sans l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale si elle est accompagnée dans sa démarche par un adulte référent n'est pas transposé par le législateur dans le régime de l'interruption pour motif médical. L'hypothèse de l'I.M.G d'une mineure ne donne lieu à aucune disposition légale

spécifique. Pour régler cette difficulté, deux propositions conduisant à des solutions opposées peuvent être avancées.

362. Dans un premier temps, il est possible en application des règles de l'autorité parentale d'exiger le consentement des deux parents à l'interruption, s'agissant d'un acte médical grave et exceptionnel[507]. L'article L. 2213-1 du Code de la santé publique autorise en effet l'I.M.G lorsque « la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ». Cette notion de gravité met en évidence l'importance de la situation, ainsi que la finalité curative de l'intervention. En ce sens, le décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, parfois invoqué en matière d'interruption de grossesse, exige aux termes de ces articles 27 et 28 que les père et mère ou le tuteur légal soient à l'origine de l'admission du mineur et signent une autorisation d'opérer et de pratiquer les actes liés à l'opération.

363. Dans un second temps et à l'instar de la doctrine majoritaire, il est possible d'autoriser la mineure à consentir seule à son interruption de grossesse pour motif médical[508]. Cette autonomie qui lui est reconnue ne l'est cependant que par rapport aux titulaires de l'autorité parentale ou au représentant légal. L'intervention du corps médical reste obligatoire et protège les intérêts de la jeune femme. La nature personnelle de l'interruption de grossesse prime sur le caractère médical de l'acte. Cette solution semble de plus aller dans le sens souhaité par le législateur : il peut paraître contradictoire d'accorder à la mineure la possibilité de se passer de l'autorisation parentale pour consentir à une I.V.G au motif de sa détresse, et de la lui refuser lorsque sa santé est en péril grave.

364. Ces deux solutions doivent être rejetées en l'état et fondues dans une seule proposition. Il convient, au nom du caractère éminemment personnel de l'intervention ayant pour objet d'interrompre une grossesse, d'exiger le consentement de l'intéressée même mineure, tout en posant le principe du consentement parental. Le système envisagé s'apparente alors à celui retenu par le législateur pour interrompre la grossesse d'une mineure au motif de sa détresse.

---

[507] La présomption d'accord de l'article 372-2 du Code civil ne concerne que les actes usuels de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. En ce sens, Voir J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, Imprimerie La Mouette, Collection de thèse Doctorat et Notariat, 2002, n° 252.

[508] En ce sens, Voir D. Duval-Arnould, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.* 1999, chron. p. 472 ; *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994, T. 238, p. 123.

365. D'une part, il ne faut en effet pas reconnaître aux parents le pouvoir de représenter la mineure dans le consentement à l'I.M.G, au risque de ne pas distinguer cette intervention des autres actes thérapeutiques exceptionnels. Dans cette hypothèse, il ne serait pas tenu compte du caractère spécifique de l'intervention qui touche le domaine de la procréation. Il faut rejeter l'application du droit commun des règles de l'autorité parentale. De plus, exiger l'intervention des deux parents est en contradiction avec la solution retenue en matière d'I.V.G pour détresse, qui pose en principe[509] le consentement d'un seul des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal. D'autre part, si l'appréciation du motif médical ne relève plus du seul monopole de la femme en ce que l'intervention du corps médical est obligatoire, l'autonomie qui lui est reconnue en matière d'interruption de grossesse apparaît encore dans les modalités de désignation des médecins compétents. Lorsque l'interruption est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'un des médecins appelés à se prononcer doit être choisi par l'intéressée. C'est également une possibilité lorsque l'interruption est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Cette autonomie ne doit cependant pas être absolue. De par son jeune âge, la mineure n'est pas toujours à même d'évaluer la gravité de sa situation, de comprendre les explications du médecin et la portée de sa décision.

366. Ainsi, il est souhaitable de poser expressément en principe que la mineure doit consentir à son I.M.G, avec l'autorisation de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal. Mais si elle ne veut pas solliciter cette autorisation ou en cas de refus, la mineure doit pouvoir y consentir seule. Le souci d'assurer sa protection impose de l'accompagner dans cette démarche, de la même façon que dans le cadre de l'I.V.G pour détresse, c'est-à-dire en faisant appel à un « adulte référent », travailleur social ou membre du personnel médical. Cette solution a pour avantage de concilier les différents intérêts en présence et de ne pas faire dépendre la protection de la mineure du motif de son interruption de grossesse.

367. Il peut cependant dans certains cas être possible d'interrompre la grossesse pour un motif médical sans le consentement de l'incapable mineure. La situation diffère de celle de l'IVG pour détresse[510]. Deux hypothèses peuvent se présenter : lorsque la jeune femme ne

[509] Tout en l'assortissant d'exception.
[510] *Cf. supra*.

peut pas exprimer une volonté consciente et lorsqu'elle refuse l'intervention. Lorsque la mineure ne dispose pas de l'aptitude nécessaire à l'expression d'une volonté consciente, elle ne peut consentir par elle-même à l'interruption de sa grossesse, quel qu'en soit le motif. Si la capacité civile ne joue pas ici, la capacité naturelle doit être prise en compte, s'agissant du consentement à la réalisation d'un acte juridique. La preuve de son incapacité naturelle à consentir à l'acte empêche donc *a priori* sa réalisation. La nature médicale de l'intervention permet cependant de se passer du consentement de l'intéressée : les critères de l'urgence et du danger sont essentiels. La problématique est identique lorsque la mineure refuse l'intervention. En ce cas, il est *a priori* impossible de mettre fin à sa grossesse contre sa volonté. Toutefois, lorsque l'I.M.G est envisagée au motif d'un péril grave pour la santé de l'intéressée, la protection de la jeune femme justifie l'intervention.

368. Dans ces hypothèses, plusieurs techniques permettent d'interrompre la grossesse d'une mineure pour motif médical sans son consentement. Le juge peut être amené à intervenir sur le fondement de l'abus de droit, du décret de 1974 ou de l'assistance éducative[511]. Ces possibilités seront par définition toujours ouvertes en cas d'I.M.G fondée sur le péril grave pour la santé de la jeune femme. Lle caractère thérapeutique de l'intervention permet de justifier la référence au décret de 1974, et le danger né de la poursuite de la grossesse autorise la mise en place d'une mesure d'assistance éducative, indépendamment ou non de la caractérisation d'un abus de droit né du refus parental. Elles le seront moins, sauf à rapporter la preuve d'un danger pour l'intéressée, lorsque l'interruption est envisagée au motif d'une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. La grossesse n'est pas en soi constitutive d'un danger pour la femme.

369. La preuve de l'impossibilité pour la mineure d'exprimer une volonté consciente peut également conduire à reconnaître aux parents le pouvoir d'autoriser l'I.M.G sans son consentement. En ce cas, il apparaît nécessaire, au moins pour vérifier l'inaptitude de la jeune femme, de faire intervenir le juge des enfants. Celui-ci est compétent non pas au titre de l'assistance éducative, mais au regard de la situation de danger que connaît la mineure. Il lui appartient d'autoriser l'un des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal à consentir à l'intervention. Ce système, différent de celui envisagé par l'article 42 du Code de

[511] Voir *supra* § 317 s.

déontologie pour les actes thérapeutiques plus classiques, va dans le sens de la spécificité de l'acte d'I.MG. Il a pour avantage de laisser la décision dans la sphère familiale, tout en donnant un pouvoir de contrôle au juge.

370. En cas de refus de la mineure, la question paraît plus délicate. Il ne s'agit pas de pallier son absence de consentement, mais de priver sa volonté d'effet, de nier son rôle pourtant essentiel en la matière. Une distinction s'impose entre le refus de l'intéressée à l'I.M.G envisagée au regard de la santé de l'enfant à naître et le refus exprimé par la mineure malgré la situation de péril grave pour sa propre santé. Dans le premier cas, le danger ne peut être caractérisé. Il s'agit d'un choix de la jeune femme, au nom de la liberté qui lui est reconnue de poursuivre ou non sa grossesse. Il n'est donc pas possible d'aller à l'encontre de sa volonté. Dans le second cas, le danger permet de passer outre le refus de l'intéressée, mais seulement par le truchement des mesures d'assistance éducative et donc avec l'intervention du juge.

371. Cette dernière solution révèle l'intérêt de la distinction opérée entre le consentement de la mineure et de la majeure incapable. Détachée du régime de l'incapacité civile, ce consentement devrait *a priori* relever de règles identiques. Tel n'est pourtant pas le cas. Les systèmes parallèles auxquels il est fait appel pour régler les difficultés varient avec le type d'incapacité. Ainsi, l'assistance éducative ne peut être prononcée pour une majeure incapable. D'autres solutions doivent être envisagées.

2. Le consentement de l'incapable majeure

372. Le législateur n'a pas envisagé l'interruption de grossesse pour motif médical de l'incapable majeure. Sans pouvoir être assimilée à celle de la mineure, l'interruption de grossesse pour motif médical de la majeure sous tutelle ou curatelle soulève cependant les mêmes difficultés. Deux conceptions sont possibles : l'une selon laquelle la majeure incapable peut consentir seule à l'interruption et l'autre admettant que l'intéressée peut être représentée dans l'expression de son consentement.

373. Dans un premier temps, il est possible de prôner la pleine autonomie de l'incapable majeure pour consentir à l'interruption de sa grossesse pour un motif médical. La nature éminemment personnelle de l'acte prime sur son caractère médical et évince les

principes normalement applicables aux actes thérapeutiques envisagés sur une personne majeure incapable. Il est vrai que l'attestation obligatoirement délivrée par les médecins permet d'éviter toute dénaturation du système : l'autonomie ne s'affirme que par rapport au régime de l'incapacité civile. Dans cette hypothèse, il est impératif que l'attestation des médecins soit délivrée avant l'expression du consentement par l'intéressée[512] : il ne s'agit pas d'une autorisation. Ainsi, en réalité, la décision d'interrompre sa grossesse pour un motif médical n'appartient à l'incapable majeure que dans la mesure où il lui est possible de la refuser[513].

374. Dans un second temps, il est envisageable de donner au moins aux tuteurs le pouvoir de représenter leur pupille dans l'expression du consentement à l'acte. Il est vrai que l'article 42 du Code de déontologie, applicable aux actes thérapeutiques, énonce que le médecin appelé à donner des soins à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir son représentant légal[514] et d'obtenir son consentement, et ne doit tenir compte de l'avis de l'intéressée que dans la mesure du possible. Toutefois, s'agissant d'un acte médical, l'application de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique conduit à exclure le principe de la représentation : il y est en effet énoncé que le consentement du majeur sous tutelle[515] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.

375. Il est souhaitable de concilier ces deux solutions en exigeant le consentement de l'intéressée même incapable majeure dès lors qu'elle est en état d'exprimer une volonté consciente, tout en imposant l'assistance des tuteurs et curateurs pour autoriser l'acte et vérifier la réalité du consentement. L'attestation délivrée par les médecins doit évidemment rester toujours obligatoire. Deux difficultés peuvent se présenter : le refus de la femme incapable et son impossibilité à consentir.

376. Lorsque la majeure sous tutelle ou curatelle, apte à exprimer une volonté consciente, s'oppose à l'interruption de sa grossesse envisagée pour un motif médical, il n'est pas possible d'ordonner une mesure d'assistance éducative. Le juge des enfants n'est pas

[512] En ce sens, Voir J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, préc., n° 673.
[513] *Cf. infra* § 377.
[514] Ce qui correspond au tuteur mais aussi par extension au curateur.
[515] L'absence de référence au majeur sous curatelle ne doit pas conduire à lui refuser le bénéfice de ce principe. Il s'agit seulement de la marque du caractère partiel de son incapacité. La présomption d'absence de consentement n'étant pour lui pas absolue, le législateur n'a pas jugé utile de lui restituer un droit qu'il a déjà.

compétent. Sur ce point, la situation de la majeure diffère de celle de la mineure. Son refus fait obstacle à l'intervention. Mais si cette solution se justifie lorsque l'I.M.G est envisagée au motif de la forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, le caractère curatif de l'intervention recherchée pour mettre fin à un péril grave pour la santé de la femme peut conduire à une solution différente.

377. Dans cette dernière hypothèse, il convient de déterminer si une incapable majeure peut décider de poursuivre sa grossesse contre son intérêt, c'est-à-dire en mettant sa santé gravement en danger. En la matière, la loi du 4 mars 2002 apporte un élément de réponse en cas d'urgence vitale. Aux termes de l'article L. 1111-4 nouveau du Code de la santé publique, « si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ». Le législateur consacre ainsi un droit de refuser les soins[516]. Même en cas d'urgence vitale, le médecin est seulement tenu d'une obligation de moyen de tenter de convaincre le patient d'accepter l'acte en question[517]. Aux termes de l'article L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique, seul le refus du tuteur – auquel doit être assimilé le curateur – au traitement, peut autoriser le médecin à délivrer les soins indispensables pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'incapable. L'incapacité civile de l'individu ne modifie pas le système, dès lors qu'il est apte à exprimer une volonté consciente[518]. Ainsi, le refus conscient de l'intéressée à l'I.M.G fait toujours obstacle à l'intervention. Il s'agit d'assurer la protection de sa liberté de poursuivre sa grossesse, même au détriment de sa propre santé. Cependant, la preuve de l'absence de volonté consciente pourra parfois être rapportée, au moins pour la majeure sous tutelle. En ce cas, se pose une autre difficulté : la représentation de l'incapable hors d'état de consentir à l'intervention.

378. En application de la loi du 4 mars 2002, lorsque l'individu ne peut consentir à l'acte et en cas d'urgence vitale, le médecin peut décider d'effectuer l'acte permettant de sauver la vie de l'individu, et ce même si un refus a été préalablement exprimé. En ce cas, le

[516] Voir cependant *contra* CE, ord., 16 août 2002, Mmes V. et I.F. : *JCP* G 2002, II, 10184, note P. Mistretta, pour qui « la survie du patient est seule de nature à pouvoir faire échec au nécessaire consentement du malade à l'acte médical ». Et voir déjà CE, 26 oct. 2001 : *JCP* G 2002, II, 10025, note J. Moreau.
[517] S. Prieur, « Les droits du patient dans la loi du 4 mars 2002 », *Rev. gén. dr. médical* 2002, n° 21 p. 130 ; F. Bellivier et J. Rochfeld, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RTD civ.* 2002, chron. p. 575, spéc. p. 583.
[518] Article L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique.

problème de la représentation ne se pose pas : le médecin prend seul la décision au nom de son obligation de sauver la vie. Déjà, l'article 36 al. 3 du Code de déontologie dispense le médecin de prévenir les proches du malade hors d'état d'exprimer sa volonté en cas d'urgence ou d'impossibilité, ce qui inclut l'urgence vitale. La question est plus délicate lorsque la majeure incapable n'est pas en mesure de consentir à l'intervention et qu'il n'y a pas d'urgence vitale. Il est vrai que le péril grave pour la santé de la femme, condition de l'I.M.G, n'implique pas systématiquement un pronostic vital. Dans cette hypothèse, il ne peut être possible de donner au médecin le pouvoir de décider d'une telle atteinte portée au corps de l'intéressée. L'impossibilité de consentir doit alors donner lieu à représentation.

379. Cette représentation de l'incapable majeure hors d'état de consentir à l'I.M.G sans urgence vitale doit être assurée par les tuteurs et curateurs autorisés par le conseil de famille ou le juge des tutelles. C'est la solution prônée par le Congrès des Notaires de France en 1984[519]. La gravité de l'acte ne permet en effet pas de laisser aux seuls représentants légaux une telle prérogative, à la différence de la solution retenue lorsque l'incapable consent à l'intervention. Le conseil de famille contrôle cette représentation et s'il s'agit d'un régime sans conseil de famille ou s'il ne peut être réuni vu l'urgence[520], le juge des tutelles hérite de cette mission.

380. Ainsi, l'interruption de grossesse d'une personne incapable peut porter atteinte au principe d'autonomie lorsqu'elle est motivée par une raison médicale. Mais le consentement de l'intéressé reste en principe nécessaire. Quel que soit le type d'interruption envisagée, le régime de protection de l'incapable doit s'adapter à l'importance de l'acte et à la situation de la personne, dans le respect de la liberté de procréer ou de ne pas procréer.

[519] Rapport de Me *D.* Salomé et Me J.-Y. Camoz : « L'autonomie des personnes protégées », *in* 80e Congrès des Notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles 27, 28, 29 et 30 mai 1984, n° 55.
[520] Article 414 du Code civil.

CONCLUSION DU TITRE 1

381. Le respect des droits fondamentaux du « parent » incapable conduit à ne pas faire jouer le régime des incapacités civiles avant la naissance de l'enfant. Ce dernier, qui n'existe alors juridiquement pas, n'a pas à être protégé en tant que tel. Quant à son futur parent, c'est à travers l'exigence d'une volonté consciente, c'est-à-dire d'une capacité naturelle à consentir aux actes juridiques, que sa protection peut être assurée. Pour le reste, il bénéficie des mêmes prérogatives que tout individu.

382. L'incapable peut procréer, au sens positif comme au sens négatif de cette liberté. Il dispose comme tout individu du plein exercice de sa liberté sexuelle, même si, pour le mineur le droit et devoir de surveillance de ses père et mère peut théoriquement y apporter une limite, et si cette liberté se heurte à certains obstacles liés au droit pénal et à l'exigence de relations consenties, ou encore à la vie en établissement et aux impératifs du règlement de fonctionnement. La liberté de ne pas procréer est également reconnue à l'incapable comme à tout individu, à travers le refus de soumettre sa décision de recourir à la contraception aux règles de l'autorité parentale, et à travers le caractère exceptionnel de la contraception imposée aux majeurs incapables, limitée à l'hypothèse dans laquelle ils sont hors d'état de manifester leur volonté. L'incapacité civile ne permet pas en soi de porter atteinte à la liberté de ne pas procréer. Si le placement sous un régime de protection est parfois pris en compte en matière de stérilisation, c'est au regard de la gravité de l'acte et de son caractère définitif. Même dans ce cas cependant, il apparaît que le système mis en place, s'il fait référence à l'incapacité civile, se différencie des règles habituelles du régime de protection.

383. La femme incapable en état de grossesse bénéficie également d'une protection. Lorsqu'elle poursuit sa grossesse, cette protection n'est pas spécifique à sa situation d'incapable civile, mais comme pour tout individu, la preuve de son incapacité naturelle peut être rapportée pour lui permettre d'être représentée dans le consentement à donner à certains actes de surveillance habituelle. Dans l'hypothèse de l'interruption de grossesse, l'importance de l'acte peut conduire à l'intervention de certains organes de protection compétents au titre de l'incapacité civile. *De lege ferenda*, il est nécessaire de prévoir expressément les modalités

de cette intervention pour l'incapable majeure. Dans tous les cas, il ne peut être question de présumer l'impossibilité de consentir de l'intéressée. Il est seulement possible de rapporter la preuve de son incapacité naturelle pour limiter son autonomie en la matière, sans toutefois pouvoir poser le principe de sa représentation.

384. Ce système ne peut se poursuivre avec autant d'évidence après la naissance de l'enfant, car ce dernier doit également être protégé.

TITRE 2 : APRÈS LA NAISSANCE DE L'ENFANT

385. Après la naissance de l'enfant, le respect des droits fondamentaux du parent incapable doit être concilié avec l'exigence de protection de l'enfant, c'est-à-dire avec la mise en œuvre de sa propre incapacité. A ce stade, deux intérêts contradictoires peuvent s'opposer dans la mesure où l'enfant existe alors en tant que personne juridique : deux incapacités, celle du parent et celle de l'enfant, se rencontrent.

386. L'incapacité du parent soulève déjà une difficulté pour la reconnaissance de la qualité de père et mère par le droit. En d'autres termes, il faut s'interroger sur les effets de l'incapacité sur l'établissement de la filiation. Une fois le lien établi, il faut ensuite déterminer si la paternité et la maternité priment ou non sur l'incapacité. La réponse à cette question permet de savoir si le parent incapable peut, comme tout parent, prendre en charge la protection de l'incapable qu'est l'enfant.

387. Il apparaît alors que pour l'essentiel, nonobstant la présomption d'absence de consentement tirée de leur placement sous un régime de protection des incapables, les père et mère mineur ou majeur sous tutelle ou curatelle sont assimilés à tout individu pour établir leur filiation (chapitre 1) et pour exercer leurs prérogatives parentales (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION

388. Face à l'établissement de sa filiation avec l'enfant, la situation de l'incapable est très ambiguë. La filiation, comme le rappelle le Doyen Carbonnier, est avant tout « le moyen technique de désigner des titulaires pour le contrôle de la progéniture, de nommer ceux qui sont les plus aptes à assurer la socialisation de l'enfant, à le pousser en avant par l'autorité parentale et l'héritage »[521]. Les conséquences de son établissement, pour l'enfant comme pour les parents, sont très importantes. Mais la filiation est aussi « un lien de sang, un lien charnel (…) qui naît non pas d'un acte juridique, mais d'un fait naturel »[522]. Dans cette hypothèse, il n'est pas question, pour l'établissement de la filiation, d'anticiper sur l'aptitude des père et mère à prendre en charge l'enfant.

389. Le régime de l'établissement de la filiation d'un parent incapable est la conséquence de ces deux approches. L'existence du lien est indépendant de toute condition de capacité, en ce qu'il s'analyse comme « fait naturel ». Mais l'incapacité du ou des parents conduit à s'interroger sur leur aptitude à mettre en œuvre le moyen technique permettant d'établir ou de nier une filiation[523]. La réponse à cette question est aisée lorsque

[521] J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, vol. 1, PUF, Coll. Quadriges manuels, 1re éd., 2004, n° 450, p. 946.
[522] G. Cornu, « La filiation », *Arch. Philo droit* 1975, p. 30.
[523] Sur ce point, il sera tenu compte de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, qui a pour objet de simplifier la matière. Bien que son entrée en vigueur soit fixée au 1er juillet 2006, elle ne paraît pas devoir fait d'ici là l'objet de modification, comme l'indique déjà le projet de loi de ratification présenté par M. le garde des Sceaux Pascal Clément (projet de loi n° 510, enregistré à la présidence du Sénat le 22 septembre 2005). Sur cette réforme, voir notamment P. Murat, « La filiation simplifiée », *Dr. famille* sept. 2005, Alertes, p. 4 ; Th. Garé, « La réforme de la filiation. A propos de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *JCP* G 2005, Actualités n° 444, p. 1491 ; I. Corpart, « La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités. Commentaire de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* du 24-25 août 2005, doctrine p. 2 ; J. Hauser, « *Des* filiations à *la* filiation », *RJPF* 2005-9/9, p. 6 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC*, nov. 2005, n° 21, p. 34 ; S. Valory, « Ordonnance sur la filiation : le tableau de concordance », *RJPF* supplément d n° 9, sept. 2005 ; F. Granet-Lambrechts et J. Hauser, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2005, chron. p. 17 ; J. Massip, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2006, art. 38303, p. 6, art. 38312, p. 91, art. 38324, p. 209 ; J. Hauser, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 1, p. 6-8 ; C. Neirinck, « La maternité », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 2, p. 9-11 ; F. Granet-Lambrechts, « La présomption de paternité », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 3, p. 11-13 ; P. Salvage-Gerest, « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 4, p. 13-16 ; P. Murat, « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 5, p. 17-20 ; A. Gouttenoire, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 6, p. 20-22 ; O. Matocq, « Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ? », *Dr. famille* janv.

l'établissement ou son refus ont lieu sans faire appel à la volonté de l'intéressé incapable, mais est plus délicate dans les autres cas[524].

390. Ainsi, d'une manière générale, l'étude de l'ensemble des moyens existant pour établir la filiation ou pour ne pas l'établir, permet de poser deux principes dont il faut vérifier la mise en œuvre : l'incapable peut établir sa filiation avec l'enfant (Section 1), et l'incapable peut ne pas établir sa filiation avec l'enfant (Section 2).

Section 1 : La possibilité pour l'incapable d'établir sa filiation avec l'enfant

391. Deux façons d'établir la filiation coexistent en droit français. Sur ce point, l'ordonnance du 4 juillet 2005 ne change rien. Dans une première hypothèse, lorsqu'il ne donne lieu à aucun contentieux, l'établissement de la filiation peut se passer du juge. Dans une seconde hypothèse, révélant parfois l'existence d'une opposition d'intérêts entre enfant et parent, l'établissement peut être conflictuel et conduire à une intervention judiciaire. Cette distinction est importante car lorsque l'intéressé est incapable, la possibilité d'établir sa filiation avec l'enfant s'apprécie différemment selon que l'établissement est judiciaire (§ 2) ou non (§ 1).

§ 1. L'établissement non judiciaire de la filiation

392. Il existe trois modes d'établissement non judiciaire de la filiation : les présomptions, la reconnaissance et l'adoption. Dans ces trois hypothèses, il apparaît que l'incapacité civile du parent prétendu ne prête à aucune conséquence. Cependant, dans certains cas, la capacité naturelle est exigée. Une distinction s'impose alors entre les modes

2006, Etudes 7, p. 23-24 ; Th. Fossier, « (Petits) dits et (gros) non-dits : filiation nouvelle et autorité parentale », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 10, p. 32-33 ; M.-L. Cicile-Delfosse, « Mesures transitoires de la réforme du droit de la filiation », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 11, p. 34-36 ; F. Millet, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP* G 2006, I, 112.

[524] Sur le rôle de la volonté en droit de la filiation, voir notamment F. Dreifuss-Netter, « Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l'extinction des liens familiaux », Mélanges A. Rieg 2000, p. 263 ; G. Raymond, « Volonté individuelle et filiation par le sang », *RTD civ.* 1982, p. 538.

d'établissement sans aucune condition de capacité que sont les présomptions (A), et les modes d'établissement conditionnés par la capacité naturelle qui regroupent la reconnaissance et l'adoption (B).

A) Les modes d'établissement sans condition de capacité : les présomptions

393. Les présomptions se définissent comme « les conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »[525]. Si elles ne sont parfois qu'un mode de preuve de la filiation insuffisant à lui seul pour l'établir, comme c'est le cas des présomptions relatives à la conception, elles peuvent aussi permettre d'établir la filiation de manière autonome. Tel est le rôle de la présomption de paternité[526] et de la possession d'état. Ces présomptions prévues par la loi « permettent de créer une vérité plus forte que celle de l'engendrement. [Elles] ont, au-delà de la fonction probatoire, une fonction créatrice du lien de filiation »[527]. Ce sont toutes des faits juridiques : il n'y a pas de volonté de produire des effets de droit. L'incapacité civile ou naturelle de l'intéressé ne joue donc pas.

394. L'absence de condition de consentement pour la réalisation d'un fait juridique ne conduit cependant pas toujours à nier tout rôle à la volonté dans le domaine des présomptions relatives à la filiation. En effet, l'événement à l'origine de la présomption doit parfois être volontaire, ce qui n'est pas sans conséquence lorsque l'individu est hors d'état de manifester sa volonté. Il risque en ce cas de ne pas bénéficier de la mise en œuvre de la présomption pour établir sa filiation avec l'enfant. Deux types de présomptions s'opposent alors : d'un côté les présomptions pour la mise en jeu desquelles la volonté de l'intéressé est totalement indifférente, relatives à la date de la conception et à la paternité (1), de l'autre la présomption qui renvoie à la volonté de l'intéressé : la possession d'état (2).

1. Les présomptions indépendantes de la volonté

395. Tout individu, quelle que soit sa capacité ou l'état de ses facultés, peut prouver ou établir sa filiation avec un enfant par ces présomptions. S'agissant d'un fait juridique, aucune condition de consentement n'est ici exigée pour la mise en œuvre de ces présomptions. La

[525] Article 1349 du Code civil.
[526] C'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la présomption de paternité légitime.
[527] C. Neirinck, « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003-3/12, p. 7.

capacité n'a donc pas à être vérifiée. Le parent à l'égard de qui la filiation est établie par ces présomptions n'a pas à exprimer une quelconque volonté. Leur mise en jeu est automatique et indépendante de la volonté du parent dont la filiation est ainsi établie. Certaine pour la présomption de la date de la conception (a), cette affirmation a cependant été plus discutée pour la présomption de paternité (b).

a) La présomption de la date de conception

396. A elle seule, cette présomption, tirée de données médicales, ne suffit pas pour établir la filiation paternelle. Elle y participe cependant, en présumant de la durée de la grossesse et de la date de la conception[528].

397. Aux termes de l'article 311 du Code civil[529], l'enfant est présumé avoir été conçu « pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant ». Cette présomption ne laisse ainsi aucune place à la volonté des parents. Elle repose exclusivement sur des connaissances scientifiques permettant d'estimer les durées minimale et maximale de la grossesse[530], identiques quelle que soit la capacité ou la volonté du géniteur. Dans tous les cas, il est toujours possible d'apporter la preuve contraire : la présomption est simple[531].

398. Ainsi, la présomption de la date de la conception joue de manière identique pour tout individu. Le consentement n'étant pas une condition de sa mise en œuvre, la présomption d'absence de consentement tirée de l'incapacité civile est sans conséquence. De même, cette présomption étant extérieure aux intéressés, c'est-à-dire reposant sur des critères qui ne dépendent pas de la mère ou du père, elle ne fait pas intervenir leur volonté. Elle n'est donc ni

[528] Le choix du jour de la conception à l'intérieur de la période légale de grossesse est connu sous le nom de présomption *omni meliore momento*. Cette présomption comme toutes celles relatives à la filiation, a pour objet de combattre le doute qui peut exister notamment quant à la fidélité de la mère, et ce ici dans l'intérêt de l'enfant.
[529] Numérotation non modifiée par l'ordonnance du 4 juillet 2005.
[530] Le délai de 280 jours retenu en 1972 suite à l'évaluation du Professeur Henrion est identique à celui adopté en 1804 sur les conseils du Dr. Fourcroy.
[531] Article 311 al. 3 du Code civil. Voir auparavant pour la filiation naturelle : Cass. civ., 11 juillet 1923 : *DP* 1923, 1, 130 ; *S*. 1924, 1, 113, note L. Hugeney. Pour la filiation légitime, la Cour maintenait cependant le caractère irréfragable de la présomption : Cass. civ. 16 mars 1925 : *DP* 1926, 1, 145, note A. Rouast.

conditionnée par la capacité, ni dépendante de la volonté. Il en est de même de la présomption de paternité, même si ici la solution a été discutée.

b) La présomption de paternité

399. Cette présomption est prévue par l'article 312 du Code civil[532], qui énonce que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». Autrement connue sous la maxime *pater is est quem nuptiae demonstrant* formulée par le jurisconsulte Paul, elle permet d'établir la filiation paternelle lorsque les parents sont mariés. Sur ce point, l'ordonnance du 4 juillet 2005 conserve « la substance de l'ancien article 312 »[533], tout en mettant fin à la distinction opérée entre l'enfant conçu et né dans le mariage et l'enfant seulement né dans le mariage. C'est l'un des effets fondamentaux du mariage, même si la présomption connaît aujourd'hui un certain affaiblissement[534].

400. La présomption selon laquelle le mari de la mère est le père de l'enfant conçu ou né pendant le mariage joue sans qu'il soit nécessaire de recueillir son consentement pour la mettre en œuvre. Il suffit d'être marié. L'application de cette présomption est détachée de toute condition de consentement et par suite de capacité. En d'autres termes, le mari de la mère, même s'il est touché par une incapacité civile ou naturelle, est présumé être le père de l'enfant conçu pendant le mariage.

401. L'absence de consentement dans la mise en œuvre de cette présomption a cependant été discutée. Notamment, pour Ambroise Colin[535], la présomption de paternité

[532] Numérotation non modifiée par l'ordonnance du 4 juillet 2005.
[533] I. Corpart, « La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités. Commentaire de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 », p. 5 ; Voir également F. Granet-Lambrechts, « La présomption de paternité », préc.
[534] Voir déjà en ce sens G. Champenois, « La loi du 3 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption *Pater is est quem nuptiae demonstrant* ? », *JCP* G 1975, I, 2686 ; D. Huet-Weiller, « Requiem pour une présomption moribonde. La contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'article 322 al. 2 du Code civil », *D.* 1985, chron. p. 123 ; P. Raynaud, « Le démantèlement de la présomption de paternité légitime (à propos de deux arrêts de la 1re chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 1985) », *D.* 1985, chron. p. 205 ; J. Rubellin-Devichi, « L'affaiblissement de la présomption de paternité », in *Mariage et famille en question*, ss dir. R. Nerson, vol. 1, CNRS 1978, p. 121 et s ; et plus récemment, dans la perspective d'une unification des filiations, P. Murat, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leurs modes d'établissements : jusqu'où aller », *Dr. famille* oct. 1998, chron. n° 14, p. 4.
[535] A. Colin, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 283. Voir également Ch. Beudant, *Cours de droit civil français, L'état et la capacité des personnes*, T. 3 par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration d'A. Breton, Librairies A. Rousseau, 1936, 2e éd., n° 949 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, T. 1, LGDJ, 2e éd., 1993, n° 576 ; Et P. Murat, « La force de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de famille », Thèse Lyon 1991, n° 111 et n° 142, qui place l'intervention de la volonté après la naissance de

légitime reposait sur une reconnaissance tacite consentie par le mari, au moment du mariage, des enfants à naître de sa femme. Son fondement « réside dans un acte de volonté, dans une reconnaissance-admission anticipée que contient implicitement le mariage : par cet acte le mari avoue, c'est-à-dire qu'il reçoit, qu'il admet d'avance, dans sa famille légitime, les enfants que sa femme mettra au monde par la suite, au moins quand cette procréation n'aura pas lieu dans certaines circonstances anormales, déterminées d'avance par la loi et donnant ouverture au désaveu ».

402. Dans cette acception, la présomption de paternité est indirectement conditionnée à l'expression du consentement de l'intéressé. Autrement dit, sa mise en œuvre dépend de la volonté de l'intéressé exprimée non pas au moment de la naissance mais antérieurement dans le cadre de l'acte juridique qu'est le mariage. Il est vrai qu'il n'est plus possible aujourd'hui de fonder la présomption de paternité sur le devoir de fidélité de la femme. En attendant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, l'article 314 al. 1er du Code civil, précédé déjà par la jurisprudence[536], déclare en effet légitime et non pas légitimé l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage, c'est-à-dire conçu avant. Et la formulation retenue par le nouvel article 312 est sans équivoque : la présomption joue pour « l'enfant conçu ou né pendant le mariage ». Peu importe donc que l'enfant ait ou non été conçu avant le mariage pour que le mari de la mère soit présumé être le père. En se mariant, le mari consent à ce que sa filiation avec tous les enfants à naître soit établie. Ainsi, l'établissement par présomption de la paternité lorsque les parents sont mariés découlerait du consentement exprimé à un acte juridique. Cette analyse conduit donc à tenir compte de l'incapacité de l'intéressé au moment du mariage : la présomption de paternité est indirectement soumise à une condition de capacité à consentir au mariage. Or en ce domaine, la personne civilement incapable ne peut consentir seule. Pour se marier, le mineur doit obtenir l'autorisation de l'un de ses parents[537], le majeur sous tutelle a besoin du consentement du conseil de famille ou de ses deux parents[538], et le majeur sous curatelle du consentement du curateur ou à défaut du juge des tutelles[539]. De plus et dans tous les cas, le consentement au mariage doit être conscient[540].

---

l'enfant, dans le fait de ne pas agir en désaveu. *Contra*, voir notamment M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, La famille*, T. 2, 2e éd. par A. Rouast, LGDJ, 1952, n° 770.

[536] Cass. civ., 8 janvier 1930, Degas : *S*. 1930, 1, 257.

[537] Article 148 du Code civil.

[538] Article 506 du Code civil.

[539] Article 514 du Code civil.

[540] *Cf*. article 146 du Code civil : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Le conseil de famille ne peut pallier l'absence de consentement du tutélaire. Voir notamment Cass. 1re civ., 24 mars 1998 : *D.* 1999, jurisp. p. 19, note J.-J. Lemouland

Dans ces hypothèses, l'impossibilité pour lui de consentir seul à son mariage peut en cas d'absence d'autorisation faire obstacle à la mise en œuvre de ce mode d'établissement par présomption de sa paternité. Autrement dit, l'incapacité présumée, ou constatée en cas d'absence de volonté consciente, à consentir au mariage se répercute sur l'établissement de la filiation. L'idée selon laquelle la mise en œuvre de la présomption de paternité est consentie par le mari au moment du mariage peut conduire à priver de ce mode d'établissement de la filiation les personnes civilement incapables, ou au moins à en conditionner l'accès, en ce que le refus des organes de protection dont l'autorisation est nécessaire fait obstacle à leur mariage. Si le majeur incapable ne peut pas décider seul de se marier, il ne peut pas non plus faire jouer par sa seule volonté la présomption de paternité.

403. Cette analyse doit être rejetée. Il ne faut pas rattacher la présomption de paternité au consentement exprimé au moment du mariage. Le lien est ici trop lointain. La paternité est un effet impératif du mariage prévu par la loi, non par le mari. Il faut analyser la présomption au moment de sa mise en œuvre, indépendamment du consentement donné auparavant pour se marier. C'est d'ailleurs ce que faisait le législateur avant l'ordonnance du 4 juillet 2005, en envisageant notamment la possibilité de désavouer l'enfant par la preuve de l'absence du mari au moment de la conception : les conditions de mise en œuvre de la présomption s'apprécient au moment de la conception. La terminologie de « désaveu », d'ailleurs abandonnée par l'ordonnance portant réforme de la filiation, ne suffit pas à établir l'existence d'un aveu implicite exprimé au moment du mariage[541].

404. Il est préférable de retenir un fondement empirique à la présomption de paternité, à savoir le *plerumque fit*[542]. La plus grande majorité des enfants de femmes mariées ont en effet pour père biologique le mari de la mère. Le législateur met donc en place un système permettant d'établir une filiation qui correspond à la vérité biologique, tout en laissant des échappatoires comme la possibilité de ne pas désigner le mari en qualité de père dans l'acte de naissance[543] ou comme la possibilité de contester la paternité en rapportant la preuve que le mari n'est pas le père[544]. La mise en œuvre de la présomption de paternité est indifférente à toute condition de capacité. Elle est indépendante de la volonté de l'intéressé en ce qu'elle lui est imposée par la loi.

[541] *Contra*, A. Colin, art. préc., p. 287.
[542] En ce sens, J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 471, p. 999.
[543] Article 314 nouveau du Code civil, anciennement article 313-1 du Code civil.
[544] Article 332 nouveau du Code civil.

405. Tout homme marié, quelles que soient sa capacité ou ses facultés, bénéficie donc de la présomption de paternité. Le consentement n'est pas une condition de sa mise en œuvre, qui n'est pas volontaire mais imposée par le législateur. Les conséquences de l'existence d'un régime de protection sur la possibilité de se marier ne permettent pas de considérer que l'incapacité est à prendre en compte pour la mise en jeu de la présomption *pater is est*, qui dépend seulement de la loi. Il en ira différemment de la contestation de cette paternité[545].

406. A côté de ces présomptions indépendantes de la volonté de l'intéressé, le législateur a mis en place un autre mode d'établissement de la filiation par présomption : la possession d'état. Si le consentement n'est pas non plus une condition de sa mise en œuvre, cette présomption découle néanmoins d'un comportement volontaire de l'individu.

2. La possession d'état

407. La possession d'état est « le fait, pour un individu, de se comporter comme ayant un état et d'être considéré comme l'ayant, même si en droit il ne l'a pas »[546]. Les lois du 3 janvier 1972 et du 25 juin 1982 lui ont donné un rôle important en droit de la filiation[547], et l'ordonnance du 4 juillet 2005 en fait expressément un mode d'établissement de la filiation lorsqu'elle est constatée par un acte de notoriété[548], au même rang que la reconnaissance volontaire ou l'effet de la loi[549]. Elle est « l'autre vérité : sociologique, affective [qui] côtoie la vérité biologique »[550], pouvant renforcer la valeur du titre ou constituer une preuve à part entière de la filiation. Déjà, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la maternité légitime peut s'établir par l'acte de naissance[551] ou par la possession d'état d'enfant légitime[552]. De même, lorsque le titre est corroboré par la possession d'état, la filiation

[545] *Cf. infra* § 526 s.
[546] G. Cornu, *Vocabulaire Henri Capitant*, V° Possession d'état, sens a).
[547] Voir notamment J. Vidal, « Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation », Mélanges Hébraud 1981, p. 887 ; Ph. Grignon, « La possession d'état d'enfant : métamorphose d'une notion », *Petites affiches* n° 247 du 13 décembre 1999, p. 6.
[548] Prévu par l'article 317 nouveau du Code civil, cet acte de notoriété peut être demandé par chacun des parents ou par l'enfant, mais seulement dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée, marquant ainsi la volonté d'enfermer les procès de filiation dans un délai restreint.
[549] Article 310-1 nouveau du Code civil : « La filiation est légalement établie (…) par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété ». Voir P. Murat, « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », préc.
[550] J. Rubellin-Devichi (ss la direc.), *Droit de la famille*, Dalloz Action 2001-2002, n° 1216.
[551] Article 319 du Code civil.
[552] Article 320 du Code civil.

légitime est inattaquable[553] et la filiation naturelle ne peut être contestée que par un nombre restreint de personnes[554]. En application de l'ordonnance, que les parents soient ou non mariés, la possession d'état permet d'établir la filiation[555] et, lorsqu'elle est conforme au titre, limite les personnes pouvant contester la filiation voire empêche toute contestation lorsqu'elle a duré cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance faite ultérieurement[556].

408. Pour être caractérisée[557], la possession d'état exige en principe[558] la réunion de trois éléments : le *nomen*, le *tractatus* et la *fama*[559]. La définition de ces notions est peu modifiée par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Désormais, le *nomen*, le nom, consiste dans le fait que la personne[560] « porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ». Le *tractatus*, le traitement, consiste dans le fait que les prétendus parents ont traité l'enfant comme le leur, qu'il les a traités comme ses père et mère, et que ces derniers ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien et à son installation[561]. La *fama*, la réputation, consiste dans le fait que l'enfant est reconnu pour tel, dans la société et par la famille, et que l'autorité publique le considère comme tel. La seule modification d'importance réside en fait dans l'ordre d'énumération de ces éléments. Aux termes du nouvel article 311-1 du Code civil né de l'ordonnance du 4 juillet 2005, le premier de ces éléments ne correspond plus au *nomen* mais au *tractatus*, révélant ainsi le caractère essentiel de ce dernier et l'affaiblissement du nom.

409. Par suite, il apparaît que la possession d'état, à la différence des autres présomptions permettant d'établir la filiation, fait appel à la volonté de l'individu. En effet, le *tractatus* se définit comme une attitude volontaire du parent, qui manifeste « par son

---

[553] Article 322 du Code civil, sauf les hypothèses de substitution ou de supposition d'enfant et de remariage avec le véritable père (article 318 du Code civil).
[554] Article 339 du Code civil.
[555] Article 310-1 et 317 nouveaux du Code civil.
[556] Article 332 nouveau du Code civil.
[557] Sur le régime de l'action en constatation de possession d'état, voir notamment A. Vignon-Barrault, « Remarques sur l'évolution de l'action en constatation de possession d'état d'enfant naturel », *Petites affiches* n° 141 du 16 juillet 2003, p. 3.
[558] La jurisprudence n'exige pas la réunion de tous ces éléments : voir notamment Cass. 1re civ., 5 juillet 1988 : *D.* 1989, jurisp. p. 398, concl. L. Charbonnier.
[559] Article 311-2 du Code civil.
[560] et non plus « l'individu » comme prévu par l'article 311-2 avant l'ordonnance de 2005.
[561] et non plus à son « établissement », comme prévu par l'article 311-2 avant l'ordonnance de 2005. Le changement doit ici être remarqué : la notion « d'installation » est plus large et semble englober le paiement d'études plus ou moins longues… Voir en ce sens J. Hauser, « *Des* filiations à *la* filiation », RJPF 2005-9/9, spéc. p. 9 et note 38.

comportement quotidien sa conscience d'être parent et sa volonté d'agir en conséquence »[562]. C'est une « manifestation de volonté des intéressés (…), l'aveu tacite de l'état »[563]. Or il s'agit de l'élément central de la possession d'état : « à lui seul, le *tractatus* n'est qu'un des éléments de la possession d'état, mais il est le plus probant parce qu'il est le plus riche, le plus dense et donc le plus révélateur du lien de filiation »[564]. Ainsi, la constatation judiciaire de la possession d'état est conditionnée par la volonté de l'individu. S'il n'a pas exprimé sa volonté, par son comportement[565], d'être le parent de l'enfant, il n'est pas possible de faire jouer cette présomption.

410. Le rôle de la volonté en matière de possession d'état a même conduit certains auteurs à rapprocher cette présomption du régime de la reconnaissance[566], en considérant que comme elle, la possession d'état est un aveu. La différence réside en ce que la première est un aveu une fois pour toutes, alors que la seconde est un aveu répété, permanent. Sans aller jusqu'à une telle assimilation, il est certain que le fait juridique que constitue la possession d'état est un fait volontaire. Mais l'exigence d'un comportement volontaire pour caractériser la possession d'état ne conduit pas à poser une condition de consentement au sens de l'article 1108 du Code civil. Il ne s'agit pas d'un acte juridique. Par suite, la capacité n'est pas une condition de la possession d'état. Tout individu, même incapable, peut établir sa filiation avec l'enfant par cette présomption, car l'incapacité n'empêche pas la réalisation volontaire d'une fait juridique.

411. Cependant, si le parent est hors d'état de manifester sa volonté, ce mode d'établissement de la filiation risque de lui être inaccessible. En effet, même si la jurisprudence tempère la rigueur de l'article 311-2 nouveau du Code civil qui énonce que « la possession d'état doit être continue »[567] en affirmant que la continuité n'implique pas

[562] M.-P. Baudin-Maurin, « L'établissement de la filiation naturelle notoire d'un enfant à l'égard d'une personne hors d'état de le reconnaître », *RRJ* 2001, p. 1313.
[563] M. Rèmond-Gouilloud, « La possession d'état d'enfant (à propos de la loi du 3 janvier 1972) », *RTD civ.* 1975, n° 10, p. 465.
[564] F. Granet, « Dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle, Présomptions relatives à la filiation », *J.-Cl. civ.*, Fasc. 10, 1999, n° 29.
[565] Notamment par le financement de l'entretien et l'éducation de l'enfant : voir Cass. 1re civ, 18 février 1992 : *D.* 1992, somm. p. 317, obs. F. Granet-Lambrechts.
[566] A. Colin, préc., p. 269. Voir également en ce sens G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité de la paternité et de la filiation*, vol. 5, éd. A. Lahure, 1881, n° 480 p. 487, pour qui la possession d'état constitue une véritable reconnaissance, chaque jour renouvelée, plus probante qu'une classique reconnaissance susceptible d'être de complaisance.
[567] Anciennement article 311-1 du Code civil.

nécessairement une communauté de vie ou des relations constantes »[568], la possession d'état ne peut jamais être instantanée. Par définition, elle s'étale dans le temps. C'est « un aveu de tous les instants »[569]. Par suite, le simple intervalle lucide de l'intéressé, au cours duquel il se comporte comme père ou mère de l'enfant, ne suffit pas à caractériser une possession d'état. Il faut une longue période de conscience, pendant laquelle il se comporte comme le parent de l'enfant, et non pas un simple geste isolé pendant un bref intervalle de lucidité. L'impossibilité de manifester sa volonté dont il est ici question n'est cependant pas présumée, même pour le majeur sous tutelle : elle ne découle pas de l'existence d'un régime civil d'incapacité, puisque la capacité n'est pas une condition de caractérisation de la possession d'état. Seules certaines personnes incapables sont concernées, mais dans tous les cas pas au motif de leur statut d'incapable.

412. Ainsi, le caractère permanent de la possession d'état peut conduire à en empêcher la formation pour une personne hors d'état de manifester sa volonté si la preuve de cet état est rapportée. Mais la possession d'état peut à l'inverse être caractérisée et donc permettre l'établissement d'une filiation envers une personne hors d'état de manifester sa volonté au jour de la demande, si antérieurement à son inconscience elle avait eu un comportement volontaire caractérisant une possession d'état[570]. En effet, si la possession d'état ne naît pas d'un acte unique, elle ne disparaît pas non plus instantanément dès que le père ou la mère ne se comporte plus comme tel. En d'autres termes, une fois formée, la possession d'état, même non encore constatée par le juge, ne disparaît pas de la seule volonté de son auteur, ou par suite de son impossibilité à s'exprimer[571] ; elle « s'affranchit au contraire de la volonté des individus à un moment donné »[572]. De plus, il n'est pas certain que le caractère de continuité exigé suppose que la possession d'état existe encore au jour où elle est invoquée[573]. En ce sens, aux termes de l'article 317 al. 3 nouveau du Code civil, né de l'ordonnance du 4 juillet

[568] Voir par exemple Cass. 1re civ., 3 mars 1992 : *D.* 1993, jurisp. p. 133, note J. Massip.
[569] M. Rèmond-Gouilloud, art. préc., n° 2, p. 461.
[570] Voir M.-P. Baudoin-Maurin, art. préc., p. 1322.
[571] Dans le même sens, un parent ne peut par sa seule volonté unilatérale, chercher à réduire à néant une possession d'état d'un enfant à son égard en modifiant seulement son comportement envers lui : Cass. 1re civ., 15 juillet 1993 : *Bull. civ.* I, n° 256 ; *JCP G* 1994, II, 22352, note X. Lagarde ; *Defrénois* 1994, art. 35746, n° 6, p. 328, obs. J. Massip.
[572] M.-P. Baudin-Maurin, art. préc., n° 24, p. 1323.
[573] En faveur du maintien de la possession d'état d'enfant légitime, voir notamment J. Rubellin-Devichi, « L'affaiblissement de la présomption de paternité légitime », art. préc., n° 111. Et voir TGI Paris, 24 avril 1984 : *D.* 1984, jurisp. p. 572, note D. Huet-Weiller ; *RD sanit. soc.* 1984, n° 1, p. 569, obs. P. Raynaud ; TGI Nanterre, 8 juin 1988 : *D.* 1989, jurisp. p. 248, note E. Paillet . *Contra*, voir J. Massip, note sous Cass. 1re civ., 19 mars 1985 : *D.* 1986, jurisp. p. 34, pour qui « une possession qui n'est pas actuelle et a existé seulement dans le passé ne peut normalement être prise en compte que si elle a cessé par violence ou fraude ».

2005, la délivrance de l'acte de notoriété peut être demandée dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état d'alléguée.

413. La possession d'état permet donc d'établir une filiation envers une personne incapable, et ce même si elle est hors d'état de manifester sa volonté au jour de la demande, dès lors qu'elle a antérieurement à son inconscience eu un comportement manifestant sa volonté d'assumer le rôle de parent. L'impossibilité de caractériser une possession d'état en conséquence de l'impossibilité d'exprimer sa volonté pour un individu est distincte du régime des incapacités. D'ailleurs, aucune représentation ou assistance n'est possible. Il s'agit seulement d'un obstacle à la survenance d'un fait juridique volontaire, obstacle dont la portée est limitée : cette absence de volonté consciente dont découle l'absence de possession d'état n'empêche pas le recours à d'autres modes d'établissement de la filiation, comme l'action en recherche de maternité ou de paternité[574].

414. Détachée de toute condition de capacité, la caractérisation de la possession d'état se distingue d'autres modes d'établissement de la filiation, qui par leur nature d'acte juridique sont conditionnés par le consentement de l'intéressé et donc par sa capacité. Si la spécificité des actes en cause conduit à rejeter tout effet de l'incapacité civile de l'intéressé, il faut prendre en compte son incapacité naturelle.

B) Les modes d'établissement conditionnés par la capacité naturelle

415. Il est possible de faire annuler certains actes ayant pour objet d'établir une filiation en caractérisant l'absence de consentement au motif d'une qualité inhérente à la personne, c'est-à-dire l'incapacité naturelle de l'intéressé. Aucune présomption d'absence de consentement, c'est-à-dire aucune incapacité de droit, n'existe en la matière. Deux modes d'établissement de la filiation sont concernés : la reconnaissance de paternité ou de maternité (1) et l'adoption (2).

[574] *Cf. infra* § 451 s.

1. La reconnaissance de paternité ou de maternité

416. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la reconnaissance est un mode d'établissement réservé à la filiation naturelle, c'est-à-dire hors mariage[575]. Tel n'est plus le cas avec la disparition du caractère légitime ou naturel de la filiation. L'article 316 nouveau du Code civil envisage ainsi la reconnaissance de paternité ou de maternité comme un mode d'établissement du lien de filiation utile lorsque la filiation n'est pas établie par l'effet de la présomption de paternité ou par la désignation de la mère dans l'acte de naissance[576]. La reconnaissance n'est donc pas cantonnée aux hypothèses de parents non mariés mais peut tout aussi bien être exercée par un homme marié pour lequel la présomption de paternité n'a pas joué, au motif par exemple de sa non désignation en qualité de père dans l'acte de naissance et de l'absence de possession d'état. Dans tous les cas, si la réforme modifie les auteurs possibles d'une reconnaissance, du fait de la disparition des filiations légitime et naturelle, elle n'en change pas la nature. La reconnaissance connaît toujours une double identité, démontrée autrefois par Ambroise Colin[577].

417. La reconnaissance peut tout d'abord être perçue comme une admission. L'auteur admet sa paternité ou sa maternité. De ce point de vue, il s'agit d'un acte juridique constitutif de droit : il crée le lien de filiation. La reconnaissance peut ensuite s'analyser comme une confession, un aveu : celui d'un lien de filiation préexistant. Il s'agit alors d'un acte déclaratif, « d'une constatation du passé et aussi une confession, un aveu de ce passé ; [c'est] une opération ayant essentiellement et seulement pour objet d'apporter à un élément antérieur un élément de vérité, de sincérité »[578].

418. A la fois acte juridique et aveu, la reconnaissance « s'analyse comme un acte discrétionnaire émanant de la volonté personnelle, certaine et libre de son auteur »[579]. Certains auteurs parlent d'un acte « éminemment personnel »[580], d'autres d'un acte « essentiellement

---

[575] Article 334-8 ancien du Code civil : « la filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire ».
[576] Voir notamment P. Salvage-Gerest, « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », préc.
[577] A. Colin, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 272.
[578] B. Mercadel, « Reconnaître : reconnaissances et actes récognitifs », *RTD civ.* 1963, p. 481.
[579] M. Véron, « Volonté du père et reconnaissance d'enfant », *RTD civ.* 1967, p. 524.
[580] J. Carbonnier, *op. cit.,* n° 484,p. 1038.

personnel »[581]. Ainsi, par son aspect déclaratif, la reconnaissance est un acte personnel et discrétionnaire[582], mais « n'y voir qu'un aveu – comme le mot s'y prête – néglige l'engagement qu'elle recèle »[583]. L'aspect « aveu » de la reconnaissance et la nature personnelle que l'acte revêt en conséquence conduit alors à faire bénéficier toute personne, même civilement incapable, d'un principe de capacité à l'exercer (a). L'aspect « acte juridique » se traduit à l'inverse par la possibilité d'annuler la reconnaissance effectuée par un incapable naturel (b).

a) La capacité de reconnaître est présumée

419. L'aspect « aveu » de la reconnaissance conduit à ne laisser qu'au père ou à la mère la possibilité de reconnaître, en interdisant toute représentation. L'existence d'un régime civil de protection n'y change rien. La reconnaissance se définit ici comme l'action « de constater un fait préexistant ou de faire reconnaître un droit préexistant qui trouve son origine dans l'activité personnelle de l'incapable »[584]. Or par hypothèse, seul ce dernier connaît avec certitude ce fait préexistant et peut donc le confesser, l'avouer, car nul n'a pu l'effectuer à sa place. C'est pour ce motif que « cet aveu relève de la conscience personnelle de l'individu indépendamment de sa capacité civile »[585]. L'intéressé est le seul à pouvoir consentir à ce mode non contentieux d'établissement de la filiation, sans assistance ni représentation.

420. Si la jurisprudence[586] admet que la reconnaissance soit souscrite par un mandataire titulaire d'une procuration spéciale, c'est-à-dire précisant l'objet du mandat, et authentique, cette possibilité se différencie de la représentation mise en œuvre dans le cadre des régimes de protection des incapables. Elle se fonde sur l'article 62 du Code civil[587], qui n'oblige pas l'auteur de la reconnaissance à comparaître personnellement devant l'officier d'état civil. Ce dernier doit s'assurer que la procuration existe et qu'elle autorise bien le mandataire à souscrire la reconnaissance. Le régime de protection des incapables n'est pas ici mis en jeu.

[581] A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, Litec, 11e éd., 2003, n° 672.
[582] J. Hauser et *D.* Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, T. 1, LGDJ, 2e éd., 1993, n° 731.
[583] G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8e éd., 2003, n° 252.
[584] J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, Imprimerie La Mouette, Collection de thèse Doctorat et Notariat, 2002, n° 497.
[585] N. Lion, *Couple et incapacité*, Thèse Lyon III, 1998, n° 334.
[586] TGI Paris, 12 décembre 1995 : *D.* 1996, somm. p. 382, obs. F. Granet.
[587] Inchangé par l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui a seulement supprimé les mots « d'un enfant naturel ».

421. Ainsi, une jurisprudence classique[588] et une doctrine constante[589] admettent que le mineur peut, sans assistance ni représentation, reconnaître son enfant. Il n'est pas besoin de recourir à l'émancipation pour qu'il en soit capable. L' incapacité civile du mineur est sans effet sur la validité de l'acte de reconnaissance.

422. Pour autant, si la capacité à reconnaître est présumée, toute reconnaissance n'est pas valable. Notamment, lorsqu'elle est mensongère, la reconnaissance peut être annulée. Or le jeune âge[590] de l'auteur présumé peut être retenu comme un indice du caractère mensonger de la reconnaissance. Plus précisément, lorsque la différence d'âge entre l'enfant et son auteur prétendu est trop faible, la jurisprudence en déduit parfois le caractère mensonger de la reconnaissance : trop jeune au moment de la conception, il ne peut pas en être l'auteur. Telle a été la solution retenue par la Cour d'appel de Douai, le 6 juin 1851[591], pour un individu âgé de 13 ans au moment de la naissance, et par le tribunal civil de la Seine le 28 août 1868, pour un père prétendu scolarisé en internat et âgé de 16 ans à l'époque de la conception[592]. De même la Cour d'appel d'Amiens, le 20 décembre 1923[593] a estimé mensongère la reconnaissance effectuée par un homme âgé de 12 ans au moment de la naissance en faisant valoir « la réalité habituelle des faits et des données ordinaires de la science ». Dans ces trois cas, les juridictions ont annulé la reconnaissance au regard du jeune âge du déclarant au moment de la conception. Dans le même sens, une circulaire du 17 juillet 1972[594], insérée dans l'instruction

---

[588] Cass. civ., 22 juin 1813 : *S.* 1813, I, 375, concl. Joubert ; Req., 4 novembre 1835, *S.* 1835, I, 785 ; CA Douai, 17 mars 1840 : *S.* 1840, 2, 255 ; CA Orléans, 16 janvier 1847 : *DP* 1847, 2, 17.

[589] C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, T. 9 par P. Esmein, Librairies techniques, 6e éd., 1953, § 568, 2e ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, *Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et famille*, T. 1, 11e éd. par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1947, n° 468 ; G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, vol. 5, *Traité de la paternité et de la filiation*, A. Lahure éditeur, 1881, n° 387 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, *Théorie générale du droit et des droits, Les personnes, la famille, la propriété et autres droits réels principaux*, T. 1, Sirey, 3e éd., 1938, n° 1198 ; H., L., et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T. 1, vol. 2, *Les personnes*, 8e éd. par F. Laroche-Gisserot, n° 604 p. 166 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français,* T. 2*, La famille*, 2e éd. par A. Rouast, LGDJ, 1952, n° 830 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Introduction générale, Les personnes*, T. 1, LGDJ, 1956, n° 1764 ; J. Massip, *Les incapacités, Etude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n° 32 qui en note 7 désigne la doctrine sur ce point comme « constante et immémoriale » ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, T. 1, LGDJ, 2e éd., 1993, n° 735 ; J. Carbonnier, *op. cit.* n° 484, p. 1038. Et voir pour une opinion critique, F. Laurent, *Principes du droit civil français*, T. 4, Librairie A. Marescq, Paris, 3e éd., 1878, n° 39.

[590] A l'opposé, l'âge avancé a parfois également conduit la jurisprudence à considérer la reconnaissance comme mensongère. Voir par exemple Req., 8 mars 1927 : *DH* 1927, 205, qui refuse la reconnaissance d'un octogénaire au moment de la conception ; et pour une solution inverse, voir CA Bastia, 10 décembre 1864 : *D.* 1865, 2, 37, qui reçoit l'aveu d'un homme de 68 ans, tout en relevant cependant que sa paternité est « vraiment exceptionnelle ».

[591] CA Douai, 6 juin 1851 : *DP* 1852, 2, 221.

[592] Tb civ. Seine, 28 août 1868 : *DP* 1868, 5, 230.

[593] CA Amiens, 20 déc. 1923 : *DP* 1924, 2, 238.

[594] *JO*, 20 juillet 1972, 7649.

générale relative à l'état civil, prescrit aux officiers d'état civil de refuser une reconnaissance si la différence d'âge entre son auteur et l'enfant est inférieure à 12 ans[595], par exception au principe selon lequel toute reconnaissance doit être reçue. C'est ainsi qu'un auteur[596] a pu affirmer que « c'est la maturité physique qui détermine le moment de passage de l'incapacité à la capacité personnelle, de l'ignorance à la prise en considération de la volonté de l'individu ».

423. Pour autant, le jeune âge au moment de la conception ne suffit pas à interdire toute reconnaissance. Il ne s'agit que d'un indice du caractère mensonger, mais qui ne suffit pas en soi. C'est en ce sens que se sont prononcées la Cour d'appel de Rennes[597], la Cour d'appel de Colmar[598], et la Cour d'appel de Bruxelles[599]. Le jeune âge au moment de la conception ne fait donc pas à lui seul obstacle à la reconnaissance.

424. Ainsi, le mineur peut reconnaître un enfant. Son incapacité civile ne l'empêche pas d'effectuer cet acte éminemment personnel et son jeune âge au moment de la conception ne suffit pas à lui seul à caractériser une reconnaissance mensongère, même si l'instruction générale relative à l'état civil limite la position très tolérante de la jurisprudence.

425. La même solution doit être retenue pour le majeur incapable, qu'il soit sous curatelle ou sous tutelle. Avant la réforme de 1968, la jurisprudence admettait déjà que les personnes pourvues d'un conseil judiciaire[600] comme celles qui étaient interdites[601], pouvaient reconnaître seules un enfant. Rien ne s'oppose à ce que cette capacité de principe bénéficie également aux majeurs sous curatelle ou sous tutelle. René Pleven s'est d'ailleurs expressément prononcé en ce sens dans son rapport au nom de la commission des lois[602]. Ainsi aujourd'hui, malgré l'absence de jurisprudence admettant expressément la validité de la reconnaissance effectuée par un incapable majeur, la doctrine majoritaire[603] pose le principe

[595] Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, n° 307.
[596] J. Cazals, *Age et droit privé*, Thèse Paris II 1976, p. 283.
[597] CA Rennes, 8 mars 1882 et sur pourvoi Cass. civ., 25 mars 1884 : *DP* 1884, 1, 386.
[598] CA Colmar, 14 février 1950 : *D.* 1950, somm. 58.
[599] CA Bruxelles, 25 février 1888 : *S.* 1889, 4, 3.
[600] CA Caen, 26 avril 1887 : *S.* 1887, 2, p. 125.
[601] Cass. 1re civ., 28 juin 1977 : *Bull. civ.* I, n° 299, p. 236, admettant la validité d'une reconnaissance effectuée par un interdit en 1955.
[602] R. Pleven, Rapport au nom de la commission des lois, Rapp. AN n° 1891, 1965-1966, p. 1322.
[603] A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989, n° 976-1 et n° 1068 ; J. Massip, *Les incapacités, Etude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n° 611 et 731 ; M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*,

de la capacité de tout individu, même sous curatelle ou tutelle, à reconnaître seul. L'intéressé, même majeur incapable, est le seul à pouvoir avouer sa paternité ou sa maternité car il est le seul à être convaincu de la réalité de ce lien.

426. Une difficulté se pose cependant plus particulièrement pour le majeur placé sous tutelle au moment de la reconnaissance. En effet, il est par hypothèse affecté d'une altération importante de ses facultés, et ce d'une manière continue. Aussi, il peut paraître critiquable de présumer, en matière de reconnaissance, de l'existence d'un consentement conscient, alors que dans le reste de son activité juridique le majeur sous tutelle est présumé irréfragablement ne pas être apte à consentir seul[604]. D'ailleurs, au regard du caractère général et continu de l'incapacité du tutélaire, certains auteurs vont jusqu'à refuser au majeur sous tutelle la possibilité de reconnaître même dans un intervalle lucide[605]. A l'opposé, dans sa séance du 26 mai 1950, la commission de réforme du Code civil a admis que l'aspect « aveu » de la reconnaissance ne permet pas de se référer aux règles générales des nullités des actes juridiques, et a proposé en conséquence de prévoir expressément que la reconnaissance est sans effet lorsqu'elle émane d'une personne non douée de discernement[606]. Selon cette dernière conception, l'acte de reconnaissance peut être effectué par une personne placée sous tutelle sauf si la preuve de son absence de discernement est rapportée. Cette absence n'est pas présumée et un texte exprès est nécessaire pour prendre en compte l'absence de discernement dans la mesure où le régime général de nullité des actes juridiques et donc le régime des incapacités ne s'appliquent pas.

427. Aucune de ces solutions n'est cependant satisfaisante. L'aspect aveu de la reconnaissance conduit à présumer l'aptitude à reconnaître de tout individu, même majeur sous tutelle, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'un intervalle lucide[607]. Mais cet aspect de la reconnaissance n'efface pas l'aspect « acte juridique ». Par suite, seul le régime

---

ESF éditeur, 3e éd., 1999, p. 350 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, T. 1, LGDJ, 2e éd., 1993, n° 735.

[604] Article 502 du Code civil.

[605] Ph. Malaurie, *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 746, qui nuance cependant aujourd'hui son propos en admettant cette possibilité si le juge des tutelles l'y autorise sur le fondement de l'article 501 du Code civil. Et voir déjà L. Josserand, *op. cit.*, n° 1198 (pour l'interdit).

[606] Article 27 ter de l'avant projet de réforme du titre « De la paternité et de la filiation », sous commission « Personnes et familles », *in Travaux de la commission de réforme du Code civil*, année 1950-1951, Librairie du Recueil Sirey, p. 207.

[607] *Contra* A. Précigout, « La reconnaissance d'enfant naturel », *JCP* N 1976, I, 2772, n° 5, pour qui en cas de reconnaissance par un majeur sous tutelle il lui appartient de rapporter la preuve qu'il a reconnu dans un intervalle lucide.

des incapacités civiles est exclu. Le droit commun des actes juridiques, c'est-à-dire la possibilité d'annuler pour absence de discernement, s'applique sans qu'un texte exprès en ce sens soit nécessaire.

428. La présomption de volonté consciente reconnue aux majeurs sous tutelle pour la reconnaissance est essentielle. Elle est la conséquence de l'aspect « aveu » de la reconnaissance. Le majeur même sous tutelle doit relever, pour la capacité à reconnaître, du droit commun. La solution inverse reviendrait à laisser subsister une présomption d'absence de volonté consciente, qui bien que réfragable, ferait jouer un rôle trop important à l'incapacité civile : la difficulté à rapporter la preuve d'un intervalle lucide risquerait d'être un obstacle à la volonté de l'individu placé sous tutelle de reconnaître son enfant. Seule l'incapacité naturelle dont la preuve doit être rapportée peut permettre d'annuler la reconnaissance[608]. Dans cette hypothèse, la preuve de l'absence de volonté consciente relève du droit commun et doit donc être rapportée au moment de l'acte. Ce n'est pourtant pas toujours ce que retient la jurisprudence. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 18 décembre 1990[609], a annulé les reconnaissances effectuées par une personne placée ensuite sous tutelle, au motif que les troubles à l'origine de son placement sous un régime de protection « existaient notoirement aux époques où [l'intéressé] avait souscrit les reconnaissances de paternité légitime ». Cette formulation fait donc référence à l'article 503 et non à l'article 489 du Code civil. Cette solution est critiquable en ce qu'elle prend en compte l'incapacité civile, même ultérieure, de l'auteur de la reconnaissance. Elle s'oppose de plus au système retenu lorsque l'auteur est sous tutelle au moment de la reconnaissance. Dans ce dernier cas en effet, l'intervalle lucide étant présumé et le régime de protection ne jouant pas au motif de l'aspect « aveu » de l'acte, la nullité ne peut être obtenue que sur le fondement de l'article 489, c'est-à-dire en rapportant la preuve du trouble au moment de l'acte[610]. Aucune disposition équivalente à celle de l'article 503 ne permet de faciliter la preuve de l'incapacité naturelle pour les actes qui ne relèvent pas du régime des incapacités civiles lorsque leur auteur est déjà placé sous un régime de protection des incapables. Aux termes de cette jurisprudence, la nullité est donc plus difficile à obtenir pour un majeur placé sous tutelle au

[608] *Cf. infra* § 432 s.
[609] Cass. 1re civ. 18 déc. 1990 : Juris-Data n° 003699.
[610] Voir d'ailleurs CA Orléans, 8 février 1852 : *S.* 1852, 2, p. 6, qui énonce expressément que le prononcé d'une mesure d'interdiction postérieure à la reconnaissance ne donne pas lieu à nullité de l'acte, et qui n'admet l'application de l'article 503 qu'à l'hypothèse dans laquelle il est rapporté la preuve que la cause de l'interdiction existait au moment même de la reconnaissance.

moment de la reconnaissance que pour un majeur placé ensuite sous tutelle[611]. Mais même dans ce cas, si l'annulation des reconnaissances est facilitée par l'ouverture ultérieure d'une tutelle, en ce que la preuve du trouble doit être rapportée « à l'époque » et non « au moment » de l'acte, ce trouble n'est pas présumé. En d'autres termes, la nullité reste conditionnée par la preuve de l'absence de volonté consciente. Elle ne repose pas sur l'incapacité civile de son auteur, inexistante au moment de l'acte, mais sur son incapacité naturelle, dont la preuve est seulement facilitée sans toutefois être présumée.

429. La nature spécifique de la reconnaissance fait ainsi obstacle à la mise en œuvre du régime des incapacités. Si l'intéressé n'est pas considéré comme un incapable au moment où il reconnaît un enfant, c'est au motif qu'il est le seul à pouvoir effectuer un tel aveu. Comme le résume le Doyen Cornu, « qui fait l'enfant est capable de l'avouer »[612]. Nul ne peut le représenter[613], car nul ne peut avouer à sa place le fait à l'origine du lien de filiation, à savoir la procréation. Si le placement sous tutelle présumait de l'impossibilité pour l'incapable de reconnaître un enfant, l'absence de représentation possible aurait pour effet d'affecter l'intéressé d'une incapacité de jouissance de droit pour établir sa filiation par reconnaissance, ni lui ni personne ne pouvant exercer ce droit[614].

430. L'absence de présomption d'impossibilité à reconnaître, autrement dit l'absence d'incapacité de droit, rend inutile le recours aux articles 501 et 511 du Code civil pour attribuer à l'incapable majeur la capacité de reconnaître. Un auteur[615] estime pourtant que cette solution éviterait la remise en cause de la reconnaissance pour altération des facultés mentales. Cette opinion peut surprendre, dans la mesure où la mise en oeuvre des articles 501 et 511 met seulement fin à la présomption d'incapacité pour un ou des actes déterminés, sans empêcher de rapporter la preuve d'une incapacité naturelle.

431. Ainsi, seule la preuve de l'absence de consentement au moment de la reconnaissance peut permettre de l'annuler. En d'autres termes, il est possible de caractériser

[611] Cette affirmation doit cependant être nuancée au regard de la jurisprudence qui admet la preuve de l'insanité d'esprit avant et après la passation de l'acte : CA Paris, 10 janvier 1969 : *D.* 1969, p. 331 ; et J. Massip, *Les incapacités*, *op. cit.*, n° 412 et note 3.
[612] G. Cornu, *Droit civil, La famille*, 8e édtion, Montchrestien 2003, n° 253 p. 397.
[613] Voir cependant *contra*, TI Qimperlé, ord. juge des tutelles, 16 oct. 1999, *infra* § 434.
[614] sur le problème de la reconnaissance effectuée par représentation, *cf. infra* § 434.
[615] J. Massip, *Les incapacités*, *op. cit.*, n° 611.

une incapacité naturelle de reconnaître, du fait de l'aspect « acte juridique » de la reconnaissance.

b) L'incapacité naturelle de reconnaître peut être prouvée

432. En tant qu'acte juridique, la reconnaissance est soumise au principe de l'article 489 du Code civil. Ainsi, il est possible d'annuler le lien de filiation établi si la preuve du trouble mental au moment de la reconnaissance est rapportée. La preuve de l'incapacité naturelle, c'est-à-dire de l'impossibilité de consentir pour un motif inhérent à la personne, permet d'annuler la reconnaissance effectuée sous son empire ou d'empêcher sa réalisation. La capacité naturelle est une condition de la reconnaissance comme de tout acte juridique.

433. Lorsque l'intéressé ne peut exprimer une volonté consciente, l'établissement de sa filiation par reconnaissance lui est donc impossible. Cette incapacité naturelle, qui ne saurait être déduite de l'existence d'un régime de protection continue, s'apparente alors à une incapacité de jouissance : il ne peut faire cet acte lui-même et nul ne peut le représenter. Tout se passe comme si l'absence de volonté consciente privait l'individu du droit de reconnaître son enfant. En d'autres termes, personne ne peut exercer cet acte, donc il n'est que théoriquement titulaire du droit d'établir sa filiation par reconnaissance. La portée de cette incapacité naturelle de jouissance doit cependant être nuancée. L'individu hors d'état d'exprimer une volonté consciente n'est pas privé de la possibilité d'établir sa filiation. Il est toujours possible de faire appel à la possession d'état, ou aux modes contentieux d'établissement.

434. La jurisprudence a cependant déjà été amenée à admettre la possibilité d'une représentation lorsque l'intéressé n'est pas en mesure de reconnaître par lui-même. Dans une décision d'espèce du 16 octobre 1999, le juge des tutelles de Quimperlé a en effet autorisé un administrateur légal à reconnaître un enfant naturel au nom du majeur sous tutelle qui était dans un coma profond[616]. Justifiée par des motifs de purs faits, cette solution n'en est pas moins « entachée d'une grave erreur juridique »[617]. Le souci d'éviter de priver un individu hors d'état d'exprimer une volonté consciente de toute possibilité de reconnaître son enfant ne

[616] TI Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999 : *JCP G* 2000, II, 10252, note Th. Garé ; *RTD civ.* 2000, n° 7, p. 85, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2000, art. n° 37179, n° 36, p. 668, obs. J. Massip ; *RD sanit. soc.* 2000, n° 5, p. 437, obs. F. Monéger ; *RJPF* 2000-4/13, note J.-M. Plazy.
[617] J. Massip, obs. sous TI Quimperlé préc.

doit pas conduire à autoriser la représentation en la matière. L'aspect « aveu » de la reconnaissance s'y oppose. Dans l'espèce envisagée, il était d'ailleurs possible d'établir la filiation par le biais d'une action en recherche de paternité, ou par la possession d'état dont la *fama,* et même le *tractatus* jusqu'à l'accident médical ayant causé le coma du tutélaire, pouvaient être établis[618].

435. Une fois acquis le principe de la nullité de la reconnaissance effectuée par une personne hors d'état d'exprimer une volonté consciente, reste à en déterminer la nature. Une difficulté de choix peut en effet se poser entre la nullité relative et la nullité absolue, en ce que le consentement apparaît ici absent. En d'autres termes, il est nécessaire de déterminer si la nullité de la reconnaissance a pour fondement l'incapacité naturelle de son auteur ou l'absence de consentement à l'acte. Dans les deux cas, le consentement fait défaut. Mais dans l'hypothèse envisagée, il faut préférer la qualification d'incapacité sur le fondement de l'article 489 du Code civil, dans la mesure où ce défaut a pour cause une qualité inhérente à la personne. La nullité est alors relative et vient protéger un intérêt particulier[619]. Elle ne peut être demandée que par l'intéressé, son tuteur ou son curateur. Ces derniers assurent ainsi un contrôle *a posteriori*, dans un souci de protection de l'incapable. Au bout de cinq ans, le caractère irrévocable de la reconnaissance ne pourra plus être contourné par le recours à la nullité : la prescription décennale prévue par le nouvel article 321 Code civil[620] doit en effet ici être écartée même s'il s'agit d'une action relative à la filiation dans la mesure où la nullité est ici demandée contre l'aspect acte juridique de la reconnaissance et non contre l'aspect aveu.

436. En faveur également du caractère relatif de la nullité, il faut exclure toute transposition à la reconnaissance de la solution retenue en matière de mariage. En effet, si en ce domaine le consentement non conscient s'apparente à une absence de consentement et est sanctionné par une nullité absolue, c'est en application de l'article 184 du Code civil, né de la loi du 19 février 1933, qui renvoi à l'article 146[621]. C'est donc par exception que le mariage

[618] Voir sur cette possibilité, M.-P. Baudin-Maurin, préc.
[619] *Cf.* Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridique, Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon 1909, Librairies nouvelles de droit et de jurisprudence.
[620] Prescription trentenaire aux termes de l'article 311-7 du Code civil avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005.
[621] Auparavant, la doctrine et la jurisprudence étaient partagées entre nullité relative, nullité absolue et inexistence.

est exclu du champ d'application de l'article 489 du Code civil[622] et que l'absence de volonté consciente peut être sanctionnée par la nullité absolue. Une telle disposition n'existe pas pour la reconnaissance de paternité ou de maternité, mais est spécifique au mariage, à la fois contrat et institution, « œuvre de l'autorité publique en même temps que celle des époux »[623]. De plus, les avantages de la nullité absolue du mariage, à savoir la possibilité pour le conjoint de l'aliéné de la demander, sont sans intérêt pour la reconnaissance. L'essentiel est que la reconnaissance corresponde à la vérité biologique et l'action en contestation de la reconnaissance peut être intentée pendant cinq ans par l'autre parent même lorsqu'il existe une possession d'état conforme[624] et par toute personne qui y a intérêt en l'absence d'une telle conformité[625].

437. Ainsi, la reconnaissance de paternité ou de maternité est un aveu que toute personne même incapable peut effectuer seule, mais aussi un acte juridique conditionné par la capacité naturelle de son auteur. Le dernier de ces caractères est partagé par l'adoption.

2. L'adoption

438. L'adoption est un mode volontaire d'établissement de la filiation. L'adoptant doit y consentir. C'est « un acte de volonté pure »[626], un « acte de volonté privée soumis au contrôle juridictionnel du tribunal de grande instance »[627]. Cette volonté n'est cependant pas libre. Le législateur pose des conditions à l'adoption. Ainsi, aux termes des articles 343 et 343-1 du Code civil, l'adoption plénière ne peut être demandée que par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de 28 ans, ou par une personne isolément si elle est âgée de plus de 28 ans. La question de l'adoption d'un enfant par une personne incapable soulève alors plusieurs difficultés.

439. Avant tout, il faut savoir si la capacité civile est une condition de l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière. Aucune disposition n'existe en ce sens. De plus, s'agissant

---

[622] Voir sur ce point, O. Simon, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974, p. 731 et s.
[623] M. Planiol et G. Ripert, *op. cit*., T. 1, LGDJ, 12e éd., 1939, n° 99.
[624] Article 333 nouveau du Code civil.
[625] Article 334 nouveau du Code civil. Voir l'article 339 du Code civil avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005.
[626] P. Raynaud, « Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation : état du droit positif français », actes du colloque *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Economica, 1982, p. 90.
[627] P. Courbe, *Droit de la famille*, Armand Colin, 4e éd., 2005, n° 953.

d'un mode d'établissement de la filiation pour lequel la volonté est essentielle, nul ne peut représenter un individu sur ce point[628]. Personne ne peut décider à sa place de créer un tel lien avec un enfant. Il ne faut donc pas présumer l'impossibilité pour un incapable civil d'adopter un enfant. Une telle solution aurait pour effet de créer une discrimination non justifiée quant à l'accès au droit de fonder une famille[629]. L'incapacité civile ne préjuge pas de l'inaptitude à fonder une famille. La capacité civile n'est pas une condition légale de l'adoption. D'ailleurs, la jurisprudence a déjà prononcé des adoptions par des personnes placées sous un régime de protection[630].

440. Cependant, l'adoption reste un acte juridique soumis à l'exigence de l'expression d'une volonté consciente. En d'autres termes, la capacité naturelle est une condition de l'adoption. Il est possible d'annuler une adoption sur le fondement de l'article 489 du Code civil s'il est établi que le consentement a été donné sous l'empire d'un trouble mental. La Cour de cassation a en effet été amenée à statuer sur cette condition de capacité et à préciser qu'elle doit être appréciée au jour de la requête[631]. Ainsi, l'absence de volonté consciente à établir un lien de filiation par adoption n'est jamais présumée, mais la preuve peut toujours en être rapportée. La nullité alors obtenue permet de tempérer la rigueur du principe

[628] En ce sens, TI Bourganeuf, 28 juillet 2003 : *Dr. famille* juill-août 2004, comm. n° 133, note Th. Fossier.

[629] Protégé par l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politique, conclu à New York le 16 déc. 1966, l'article 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Voir cependant Cour EDH 26 février 2002, Fretté c/ France, qui rappelle que la convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter (§ 32) et rejette le recours intenté, en violation des articles 8 et 14 combinés, par une personne homosexuelle dont la demande d'agrément a été rejetée. La Cour énonce notamment que « l'adoption est « de donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et l'état doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables » (§ 42). Ainsi, en tenant compte « de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité » (§ 42 *in fine*).

[630] Voir pour une adoption simple par une personne âgée de 86 ans placée sous tutelle (sous forme de gérance), Reims, 24 mars 1983 : Juris-Data n° 042648. Plus récemment, voir TI Bourganeuf, 28 juillet 2003, préc., et *cf. infra* § 443.

[631] Cass. 1re civ., 30 avril 1969 : *Bull. civ.* I, n° 156 ; *JCP G* 1970, II, 15953, note R.L. ; *Defrénois* 1970, art. 29559, p. 575, obs. J Massip ; Cass. 1re civ., 10 juin 1981 : *Bull. civ.* I, n° 202 ; *Defrénois* 1982, art. 32905, n° 34, p. 993, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1984, n° 4, p. 303, obs. J. Rubellin-Devichi ; *JCP G* 1981, IV, 303 ; *RD sanit. soc.* 1982, n° 1, p. 188, note P. Raynaud. Dans ces deux affaires cependant, la Cour semble confondre capacité civile et capacité naturelle comme condition de l'adoption, dans la mesure où, en 1969, elle vérifie l'existence d'un régime d'interdiction et non pas l'existence d'une volonté consciente, et où, en 1981, elle exclut l'application de l'article 503 non pas au motif de l'absence d'effet de l'incapacité civile, mais seulement au motif de la caractérisation d'un trouble mental au moment de l'acte et donc de la possible mise en œuvre de l'article 489.

d'irrévocabilité posé par l'article 359 du Code civil, et ce dans le délai de cinq ans prévu par l'article 1304 du Code civil[632].

441. Si l'incapacité civile ne permet pas de présumer de l'impossibilité d'exprimer son consentement à l'adoption d'un enfant, plusieurs causes de cette incapacité rendent cependant difficile voire impossible une telle adoption. Une distinction s'impose entre l'adoptant mineur et l'adoptant majeur incapable.

442. Pour pouvoir adopter, le mineur doit être marié depuis plus de deux ans[633]. Or l'article 476 du Code civil prévoit que « le mineur est émancipé de plein droit par le mariage ». Il est donc capable et peut *a priori* adopter sans difficulté. Ainsi, une mineure mariée à 15 ans ou même plus jeune avec autorisation du procureur de la République peut adopter à 17 ans[634]. Le mineur non marié, ou depuis moins de deux ans, ne pourra pas adopter. Cette impossibilité n'a pas pour cause son incapacité mais seulement le seuil d'âge fixé par la loi. Il ne s'agit pas ici de prendre en compte les qualités inhérentes à sa personne, mais de lui laisser le temps d'envisager le mariage ou d'avoir un enfant biologique[635].

443. Les difficultés posées par l'adoption demandée par un majeur placé sous tutelle ou curatelle sont plus délicates. *A priori*, la capacité civile n'étant pas une condition de l'adoption, il faut admettre le droit à adopter de tout individu, même sous tutelle ou curatelle. De même, comme pour la reconnaissance, la preuve d'un intervalle lucide n'a pas à être rapportée : il est présumé, pour ne pas porter atteinte à son droit d'adopter. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir aux articles 501 ou 511 du Code civil pour restituer au majeur une capacité qu'il a déjà. C'est cependant sur ce fondement que le tribunal d'instance de Bourganeuf, le 28 juillet 2003[636], a autorisé l'adoption par un majeur sous tutelle, après avoir

[632] En ce sens, voir CA Papeete, 10 février 2000 : Juris-Data n° 116990, qui a déclaré prescrite une action en nullité intentée par l'adoptant assisté de son curateur plus de cinq ans après l'adoption et alors qu'il n'était pas placé sous un régime de protection à cette date.
[633] Article 343 du Code civil préc.
[634] Cette difficulté devrait disparaître avec la réforme visant à harmoniser l'âge minimal du mariage pour l'homme et la femme, en le fixant à 18 ans. Voir la proposition de loi n° 62 tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples, adoptée par le Sénat en seconde lecture le 24 janvier 2006 et par l'Assemblée nationale le 21 février 2006, renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale.
[635] Pour le Doyen Cornu, « dans l'adoption par deux époux, la condition d'âge minimum n'a ni sens ni portée », in *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, n° 280.
[636] TI Bourganeuf, 28 juillet 2003, préc.

constaté qu'un médecin lui reconnaissait « des intervalles de lucidité qui lui permettait d'exprimer sa volonté d'adopter ».

444. Toutefois, si la titularité de ce droit doit lui être reconnue, un problème se pose quant à son exercice. En d'autres termes, il faut s'interroger sur la possibilité d'un incapable majeur de formuler seul une requête en adoption. L'acte d'adoption est l'aboutissement d'une « procédure gracieuse dont le trait distinctif est d'appliquer l'office du juge à un acte de volonté privée »[637]. Aux termes de l'article 1168 du nouveau code de procédure civile, la demande d'adoption, qui relève de la matière gracieuse[638], s'effectue par voie de requête. Nonobstant cet aspect gracieux, il y a bien un jugement, pour lequel le majeur incapable doit au moins être assisté. Si la nature éminemment personnelle de l'acte fait obstacle à toute représentation, il ne faut pas en déduire l'absence de protection. La solution retenue par le tribunal d'instance de Bourganeuf le 28 juillet 2003 est sur ce point intéressante. Le juge a en l'espèce considéré que l'assistance d'un administrateur *ad hoc* était nécessaire pour produire la requête devant le tribunal de grande instance. Ainsi, tout en restituant une partie de sa capacité au tutélaire sur le fondement de l'article 501 du Code civil, le juge impose au majeur d'être assisté pour consentir à l'adoption et faire requête au tribunal, d'où la nomination d'un administrateur *ad hoc* distinct des organes de protection de la tutelle. La représentation ou l'assistance à mettre en œuvre dans le cadre de la tutelle et la curatelle retrouvent ensuite leur plein effet pour le choix du notaire et de l'avocat, pour continuer la procédure d'homologation, et « dans le silence du jugement, pour l'exercice du droit de rétractation »[639]. Il est vrai cependant que cette désignation d'un administrateur *ad hoc* ne répond pas aux conditions de l'institution prévues aux articles 388-2 et 389-3 du Code civil : aucune opposition d'intérêt ne peut être caractérisée. Donner un rôle d'assistance au tuteur préalablement désigné paraît mieux fondé. Dans tous les cas, le recours à l'article 501 du Code civil, pour lequel le juge se fait produire un certificat médical, s'il doit se limiter à l'exercice de la requête en adoption dans la mesure où l'expression du consentement à l'adoption relève de la capacité naturelle de l'intéressé, permet également au juge de s'assurer du caractère conscient de la volonté exprimée par l'incapable.

[637] G. Cornu, *op. cit.*, n° 282.
[638] Article 1167 du nouveau code de procédure civile.
[639] Th. Fossier, note sous TI Bourganeuf, 28 juillet 2003, préc., le choix du notaire et de l'avocat étant en l'espèce confié expressément à l'administrateur *ad hoc*.

445. La portée de ce principe de capacité est cependant ici très limitée. Même si l'incapable a exprimé une volonté consciente, son état risque de constituer un obstacle de pur fait à l'adoption. En effet, dans l'intérêt de l'enfant et avant que le juge ne statue, les adoptants doivent obtenir un agrément administratif pour une adoption d'un pupille de l'Etat ou d'un enfant étranger. Un certain nombre d'éléments sont vérifiés, afin de déterminer si les futurs adoptants sont à même d'élever un enfant et de faire face aux difficultés inhérentes à une adoption[640].

446. Le décret n° 98-771 du 1er septembre 1998 relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat ou un enfant étranger énonce que « avant de délivrer l'agrément, le président du Conseil général doit s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins d'un enfant adopté. A cet effet, il fait procéder, auprès du demandeur, à des investigations comportant notamment : (…) une évaluation confiée à des psychologues territoriaux ou à des médecins psychiatres, du contexte psychologique dans lequel est formé le projet d'adopter ».

447. L'incapacité civile d'un individu ne semble alors pas être constitutive de conditions d'accueil idéales. Surtout, les causes de ce placement sous un régime de protection font le plus souvent obstacle à cet agrément. Tel est sans doute le cas de la prodigalité, ou encore plus sûrement d'une altération des facultés mentales. Le futur adoptant doit en effet justifier de son état de santé physique et psychologique ainsi que de celui des personnes qui vivent avec lui[641]. L'altération des facultés mentales constitue donc un obstacle à l'obtention de l'agrément par l'incapable majeur, mais aussi par son conjoint pourtant capable et sain d'esprit s'il souhaite adopter en couple. Les contre-indications psychologiques et les troubles psychiatriques constituent d'ailleurs l'une des principales causes de refus d'agrément[642]. La capacité à adopter reconnue à tout individu est ainsi limitée pour les incapables majeurs par la pratique.

---

[640] Voir sur ce point H. Rihal, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RD sanit. soc.* 1997, p. 503 spéc. n° 6 ; P. Verdier, « L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat à la lumière de la pratique et de la jurisprudence », *RD sanit. soc.* 1992, p. 354.

[641] Voir notamment TA Nantes, 9 mai 1997, concl. M. J-F Millet, *RD sanit. soc.* 1997, n° 5, p. 895 note F. Monéger, qui refuse l'agrément pour des raisons de santé.

[642] Voir Pierre Verdier, « L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat à la lumière de la pratique et de la jurisprudence », *RD sanit. soc.* 1992, p. 354.

448. Les incapables mineurs et majeurs peuvent donc établir leur filiation avec l'enfant par le biais des modes non judiciaires. S'ils doivent parfois être assistés dans leur démarche comme c'est le cas pour l'adoption, ce n'est que par exception. Ils doivent cependant toujours être aptes à exprimer une volonté consciente, c'est-à-dire avoir la capacité naturelle à effectuer de tels actes. Ces solutions diffèrent de celles retenues pour les modes judiciaires d'établissement de la filiation.

§ 2. L'établissement judiciaire de la filiation

449. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, plusieurs actions permettent d'établir la filiation par saisine du juge. Ce sont l'action en recherche de paternité[643] ou de maternité naturelle[644], l'action en réclamation d'état[645] ou en revendication d'enfant légitime[646], l'action en rétablissement de la présomption *pater is est*[647], ou encore l'action en constatation de la possession d'état[648]. La réforme, très attendue sur ce point, apporte une importante simplification. L'établissement judiciaire de la filiation, c'est-à-dire l'établissement pour lequel l'intervention du juge est nécessaire, ne regroupe désormais plus que trois types d'action[649] : l'action en recherche de maternité ou de paternité[650], l'action en rétablissement de la présomption de paternité[651] et l'action en constatation de la possession d'état[652]. La première de ces actions se distingue des autres en ce qu'elle est réservée à l'enfant[653]. Ainsi, si le père ou la mère avec lequel la filiation est établie peut l'exercer pendant la minorité de l'enfant, il agit dans l'intérêt de ce dernier. Son action ne vise pas à établir sa propre filiation avec l'enfant comme c'est le cas pour le rétablissement de la présomption de paternité ou la constatation de la possession d'état, mais vise à établir la filiation de l'enfant avec l'autre parent.

---

[643] Article 340 ancien du Code civil.
[644] Article 341 et 341-1 ancien du Code civil.
[645] Article 323 ancien du Code civil.
[646] Article 328 ancien du Code civil.
[647] Article 313-2 al. 2 ancien du Code civil.
[648] Article 334-8 du Code civil. Sur la question de savoir s'il s'agit d'une action contentieuse, voir M.-P. Baudin-Maurin, préc., n° 34 s.
[649] Sur ces actions, voir notamment A. Gouttenoire, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 6, p. 20 ; J. Massip, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2006, art. 38312, p. 91.
[650] Articles 325 à 328 nouveau du Code civil.
[651] Article 329 nouveau du Code civil.
[652] Article 330 nouveau du Code civil.
[653] Article 325 et 327 nouveaux du Code civil

450. Cette différence conduit le législateur à envisager différemment la capacité à agir nécessaire à ces trois actions. Il reconnaît expressément au parent mineur la capacité à agir pour l'action en recherche de maternité ou de maternité (A) mais ne précise pas la solution à apporter aux actions en rétablissement de la présomption de maternité ou de paternité et en constatation de la possession d'état (B).

A) L'action en recherche de maternité ou de paternité

451. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a généralisé aux actions en recherche de maternité ou de paternité, la solution retenue auparavant pour l'action en recherche de paternité naturelle par les articles 340-2 et 340-3 anciens du Code civil. Désormais, après avoir admis l'action en recherche de maternité aux termes de l'article 325 nouveau et l'action en recherche de paternité aux termes de l'article 327 nouveau du Code civil, l'ordonnance soumet ces actions à un régime spécifique : l'article 328 nouveau reconnaît une capacité spéciale au parent mineur pour agir, et ce qu'il soit demandeur (1) ou défendeur (2) à l'action.

1. Le parent incapable demandeur

452. L'action en recherche de maternité ou de paternité est une action attitrée : les articles 325 et 327 nouveaux énoncent expressément qu'elle est réservée à l'enfant. Pendant sa minorité, l'article 328 nouveau du Code civil dispose que « le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a (…) seule qualité pour l'exercer ». L'alinéa 2 de l'article 328 nouveau précise de plus que si ce parent est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'action est intentée conformément aux dispositions de l'article 464 al. 3. Cette solution doit être expliquée pour en comprendre la portée et envisager son application au parent incapable majeur.

453. Il convient de déterminer à quel titre le parent intervient. Deux solutions sont envisageables : il est possible de considérer que le parent agit en tant qu'administrateur légal, ou qu'il use d'un pouvoir personnel. Dans le premier cas, c'est-à-dire si l'action est exercée au titre de l'administration légale ou de la tutelle, le parent devrait obtenir l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, s'agissant d'une action extrapatrimoniale[654]. Dans le

[654] Article 464 al 3 et 389-6 du Code civil.

second cas, il voit son pouvoir renforcé par rapport à son entourage et notamment par rapport à son propre représentant légal[655]. C'est cette seconde solution qu'a retenue la majorité de la doctrine qui s'est exprimée avant l'ordonnance de 2005 sur l'action en recherche de paternité naturelle[656] et que la jurisprudence a confirmé, en énonçant que la mère mineure n'a pas besoin de l'autorisation du juge des tutelles pour intenter cette action[657]. La généralisation apportée par l'ordonnance de 2005 conduit à transposer cette solution à l'action en recherche de maternité. Il faut déduire de cette affirmation que le parent n'agit pas en tant qu'administrateur légal, mais au titre de sa seule qualité de parent, puisque l'action échappe aux règles de l'administration légale. Le parent n'a donc pas besoin pour agir d'exercer l'administration légale ou la tutelle. La jurisprudence[658] et la doctrine[659] qui admettaient auparavant que la mère agit en qualité de tuteur n'ont plus lieu d'être.

454. Le parent qui agit en recherche de maternité ou de paternité pendant la minorité de son enfant exerce ainsi un pouvoir personnel. Son propre représentant légal n'a aucune prérogative en la matière. L'action intentée par le représentant est irrecevable[660], même si elle pourra être régularisée lorsque le parent se substitue à lui car l'action a été engagée conformément à sa volonté[661]. Cette solution est amplement justifiée. Admettre que le parent agit en qualité de tuteur ou d'administrateur légal reviendrait à lui refuser ce pouvoir lorsqu'il ne revêt pas cette qualité et à le confier à la personne sous la responsabilité de qui l'enfant a été placé. Or la lettre même de l'article 328 nouveau du Code civil s'y oppose : seul le parent a qualité pour agir pendant la minorité de l'enfant. A la différence des autres modes d'établissement judiciaire de la filiation, l'action n'appartient qu'à l'enfant et si pendant sa minorité le parent peut agir, c'est en sa seule qualité de parent, que nul ne peut revêtir à sa place.

---

[655] En ce sens, J.-M. Plazy, thèse préc., n° 396 ; P. Buratti, *La parole de l'enfant en justice*, Thèse Lyon 3, 1993, p. 120.
[656] Pour la majorité de la doctrine, la mère exerce un droit personnel. Elle agit en qualité de mère. Voir J. Carbonnier, *op. cit,* n° 493 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, La famille*, T. 1, vol. 3, 7e éd. par L. Leveneur, Montchrestien, 1995, n° 980 ; et déjà C. Beudant, T. 3 par R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière et A. Breton, *op. cit*., n° 1159.
[657] Cass. 1re civ, 12 octobre 1983 : *Bull. civ.* I, n° 230 ; *D.* 1984, jurisp. p. 238 et *Defrénois* 1984, art. 33230, n° 5, p. 288, obs. J. Massip.
[658] Cass. 1re civ., 22 février 1960 : *D.* 1960, somm. 69 ; *RTD civ.* 1960, n° 5, p. 632, obs. H. Desbois.
[659] Voir notamment Planiol et Ripert, T. 2 par Rouast, n° 917.
[660] Cass. 1re civ., 6 octobre 1953 : *Bull. civ.* I, n° 264 ; Dans le même sens, CA Versailles, 16 décembre 1986 : *D.* 1987, somm. p. 317, obs. D. Huet-Weiller.
[661] Cass. 1re civ., 22 février 1972 : *JCP G* 1972, II, 17111, note R. Lindon.

455. Il se déduit du système mis en place par le législateur que la capacité civile n'est pas une condition de l'exercice par le parent de l'action en recherche de maternité ou de paternité. Aucune représentation ni assistance n'est possible, que le parent soit mineur ou majeur incapable. Si l'article 328 nouveau du Code civil n'envisage que le parent mineur, la *ratio legis* de ce texte se retrouve en effet chez le parent majeur sous tutelle ou curatelle. Il s'agit toujours d'une action personnelle exercée par le parent non pas pour lui-même mais dans l'intérêt de son enfant. Elle n'est liée ni à l'administration ni à la tutelle, pas même à l'autorité parentale[662], mais à la filiation : aux termes de l'article 328 nouveau, la filiation avec le parent doit être établie pour qu'il puisse agir.

456. Cependant, si l'action est détachée de l'incapacité civile, elle reste conditionnée à la capacité naturelle du parent. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 328 nouveau du Code civil, si le parent est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, « l'action est intentée conformément aux dispositions de l'article 464 al. 3 du Code civil ». Dans cette hypothèse, comme en cas de décès du parent, un tuteur est donc donné à l'enfant et il doit pour agir en recherche de maternité ou de paternité être autorisé par le conseil de famille, ou à défaut par le juge des tutelles. A nouveau apparaît ici l'idée selon laquelle nul ne peut agir au lieu et place du parent. Lorsqu'il n'est pas en mesure d'exercer l'action, un autre système doit être mis en place : le législateur donne alors expressément à un tiers qualité pour agir.

457. Ainsi, l'action en recherche de maternité ou de paternité se détache de la condition habituelle de capacité exigée pour ester en justice. Le parent même civilement incapable peut intenter seul l'action s'il est en état d'exprimer une volonté consciente, au motif qu'il n'agit pas pour lui-même mais dans l'intérêt de son enfant, en sa seule qualité de parent. La solution donnée au problème de la défense à l'action par un incapable est différente.

2. Le parent incapable défendeur

458. Aux termes de l'article 328 al. 3 nouveau du Code civil, l'action en recherche de maternité ou de paternité est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers. Lorsque celui-ci est mineur ou majeur incapable, il convient de déterminer si le droit commun des actions

[662] Voir *contra* précédemment C. Aubry et C. Rau, T. 9 par P. Esmein, *op. cit.,* § 569, notes 71 et 72, pour qui la mère agit en tant que représentant légal de l'enfant même si elle s'est excusée de la tutelle, et ne peut être remplacée que si elle est dans l'impossibilité d'agir ou déchue, ce qui révèle l'attachement non à l'administration légale ou à la tutelle, mais à l'autorité parentale.

extra-patrimoniales doit s'appliquer ou si, comme en demande, un régime spécifique doit être mis en œuvre.

459. La doctrine majoritaire s'est dans un premier temps prononcée en faveur de la prise en compte de l'incapacité du parent prétendu, en souhaitant l'intervention du représentant légal[663]. Mais cette solution pouvait sembler contredire celle retenue pour la demande à l'action. Si l'incapacité civile ne joue pas pour revêtir la qualité de demandeur, il est tentant d'admettre qu'il doit en être de même en défense. Autrement dit, dès lors que la demande n'appartient qu'au parent du fait de sa seule qualité de parent, la défense doit également n'appartenir qu'au parent prétendu, du fait de sa seule qualité de parent. Il est cependant vrai qu'il poursuit alors la défense de son propre intérêt, par hypothèse opposé à celui de l'enfant, et qu'au moment de l'action il n'est pas encore juridiquement le parent. La pratique révélait d'ailleurs la difficulté à résoudre ce problème en matière d'action en recherche de paternité naturelle : en cas de minorité du père prétendu, l'enfant ou la mère assignaient parfois le représentant légal seul[664] et parfois le père mineur et son représentant légal conjointement[665]. La Cour de cassation refusait de prendre expressément position[666].

460. Dans un second temps, la jurisprudence a souhaité atténuer les effets de l'incapacité civile du parent prétendu. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 8 janvier 1957, a décidé que le père prétendu même mineur est le défendeur principal à l'action[667]. Il est vrai qu'un « procès tel que la recherche de paternité implique, de la part du défendeur, trop d'appréciations personnelles, morales, consciencieuses, pour que l'on puisse faire dépendre sa marche, même indirectement, de la volonté d'un tiers »[668]. Le parent prétendu, même incapable, ne peut être écarté de la procédure : il est question de prouver des faits qui lui sont personnels et de produire des effets qui ne le sont pas moins. Le parent est le seul à pouvoir connaître la réalité du fait allégué, c'est-à-dire la réalité de la

[663] A. Colin et H. Capitant, T. 1, *op. cit.*, 8e éd., n° 326 et 11e éd. par L. Julliot de la Morandière, n° 551 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français,* T. 2 par A. Rouast, *op. cit.*, n° 920 ; C. Beudant, T. 3 par R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière et A. Breton, *op. cit*., n° 1163. Mais voir cependant déjà *contra* G. Ripert et J. Boulanger, T. 1, 1956, *op. cit*, n° 1881, pour qui « l'action est dirigée contre le prétendu père, qui défend personnellement même s'il est mineur… Les faits allégués intéressent trop directement la vie intime du mineur pour qu'on ne fasse pas fléchir ici le principe de la représentation du mineur par le tuteur (art. 450) ».
[664] CA Paris, 28 avril 1925 : *DH* 1925, p. 415.
[665] CA Poitiers, 8 janvier 1932 : *DP* 1933, 2, p. 99.
[666] Cass. 1re civ., 31 octobre 1934 : *DP* 1935, 1, p. 52, note J. Carbonnier.
[667] Cass. 1re civ., 8 janvier 1957 : *JCP* 1957, II, 9903, note F. de Montera ; *RTD civ.* 1957, n° 6, p. 316, obs. H. Desbois ; *D.* 1957, p. 464, qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 janvier 1955 : *D.* 1955, p. 180.
[668] J. Carbonnier, note sous Cass. 1re civ., 31 octobre 1934, préc., p. 53.

procréation et donc du lien de filiation dont l'établissement est demandé. Mais si « le bon sens répudie un système où la discussion d'une filiation sous le contrôle de la justice serait traitée comme un acte plus dangereux que l'acceptation spontanée d'une paternité de persuasion »[669], il ne faut pas aller jusqu'à assimiler totalement la reconnaissance volontaire et la reconnaissance en justice[670], car il s'agit ici d'effectuer un acte de procédure. C'est pourquoi la Cour de cassation dans son arrêt de 1957, énonce que le représentant légal du mineur doit être présent à l'audience. Le parent prétendu mineur, et la solution est également valable pour le majeur incapable par analogie avec le système retenue pour la demande à l'action[671], est donc personnellement partie à l'instance, mais n'est pas seul. L'action doit être dirigée contre le parent prétendu mineur et son représentant légal. La Cour de cassation assouplit cependant cette dernière exigence, en admettant qu'il suffit que l'action ait été engagée contre l'un ou l'autre avant l'expiration du délai de prescription de deux ans[672].

461. En défense, le parent prétendu doit donc être assisté lorsqu'il est incapable, mais est partie à l'instance. Et lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté, il convient de rendre possible sa représentation, dans le souci d'assurer la défense de ses intérêts et de permettre l'exercice de l'action en recherche de maternité ou de paternité. En d'autres termes, si l'incapacité civile du parent prétendu ne joue que partiellement en ce qu'elle ne peut donner lieu qu'à un régime d'assistance, son incapacité naturelle peut avoir pour conséquence la nécessité de le représenter. L'importance de la protection de l'incapable pour défendre à un action en recherche de maternité ou de paternité ne dépend donc pas du régime civil de protection sous lequel il est placé, mais de son incapacité naturelle.

462. Ainsi, le législateur détache l'action en établissement de la maternité ou de la paternité du régime de protection des père et mère civilement incapables. Il ne dit rien cependant de l'action en rétablissement de la présomption de paternité et de l'action en constatation de la possession d'état. Il est vrai que la situation est ici différente : le parent agit en vue de l'établissement de sa propre filiation avec l'enfant c'est-à-dire qu'il exerce son propre droit à établir sa filiation. L'absence de texte permet alors de prôner une solution différente de celle prévue pour l'action en recherche de maternité ou de paternité.

---

669 J. Carbonnier, note préc., p. 53.
670 Formulation pourtant retenue par CA Poitiers, 10 janvier 1949 : *D.* 1949, jurisp. p. 170, note R. Savatier.
671 En ce sens, voir J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil*, T. 1, *Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2e éd.,1993, n° 817.
672 Cass. 1re civ., 12 novembre 1969 : *JCP G* 1970, II, 16195, note R.L. ; *RTD civ.* 1970, n° 3, p. 328, obs. R. Nerson.

B) L'action en rétablissement de la présomption de paternité et l'action en constatation de la possession d'état

463. A la différence de l'action en recherche de maternité ou de paternité, aucune disposition spécifique n'est ici prévue par le législateur pour pallier l'incapacité du parent concerné. Ce silence conduit alors à refuser de transposer le système retenu en matière d'action en recherche de maternité ou de maternité : en dérogeant expressément à l'incapacité des père et mère pour l'action en recherche de maternité ou de paternité, sans rien dire des autres modes d'établissement judiciaire de la filiation, le législateur révèle sa spécificité. Les autres actions relatives à la filiation devraient alors relever du droit commun des actions en justice extra-patrimoniales, prévu aux articles 389-5, 389-6, 464 al. 3 et 510 du Code civil. Cette solution n'est cependant pas satisfaisante et un autre système doit être envisagé quant à la capacité exigée pour ester en justice en matière d'actions relatives à la filiation (1). Du rôle donné à la capacité pour ester en justice dépendra ensuite la capacité exigée pour consentir à la recherche de preuve, dont les modes d'obtention sont parfois invasifs (2).

1. La capacité exigée pour ester en justice en matière d'actions relatives à la filiation

464. La capacité d'ester en justice pour établir sa filiation avec l'enfant, c'est-à-dire pour faire rétablir la présomption de paternité ou faire constater l'existence de la possession d'état, implique la capacité de se présenter devant le juge, soit comme demandeur (a), soit comme défendeur (b).

a) Le parent incapable demandeur

465. La plupart des actions relatives à la filiation sont des actions attitrées, c'est-à-dire pour lesquelles la qualité de celui qui agit passe au premier plan, mais par exception certaines sont ouvertes à tout intéressé[673]. Aux termes de l'ordonnance du 4 juillet 2005, l'action en rétablissement de la présomption de paternité peut être exercée par chacun des époux pendant la minorité de l'enfant et par ce dernier pendant les dix années qui suivent sa majorité ; seule

[673] Voir avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, C. Labrusse-Riou, « Filiation », *Rép. civ. Dalloz* 1995, n° 190 et L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4e éd., 2004, n° 470 et 471. Et voir Cass. 1re civ., 10 mars 1998 : *Dr. famille* juill-août 1998, comm. n° 96, p. 13, obs. P. Murat, qui refuse d'appliquer à l'action en constation de la possession d'état les restrictions quant au titulaire de l'action prévue pour la recherche de paternité naturelle. L'action en constatation de la possession d'état n'est pas une action attitrée.

l'action en constatation de la possession d'état est ouverte à toute personne qui y a intérêt. Ainsi, les actions relatives à la filiation ne sont en principe ouvertes qu'à certaines personnes spécialement désignées. Un tel individu est donc seul titulaire du droit d'agir, mais ne peut pas toujours l'exercer : il doit en avoir la capacité[674]. A défaut, aux termes de l'article 117 du nouveau code de procédure civile, l'acte de procédure est entaché d'une irrégularité de fond sanctionnée par la nullité. Il ne s'agit cependant pas de la nullité de droit commun, qui, pour les incapacités, est relative. En droit judiciaire en effet, la nullité peut être opposée par l'adversaire de l'incapable[675] et peut même être relevée d'office par le juge[676]. L'incapacité civile des mineurs[677] et majeurs[678] joue toutefois en amont, pour permettre l'assistance voire la représentation de l'intéressé et ainsi éviter de priver en pratique l'incapable de la titularité de son droit d'agir.

466. De prime abord, en l'absence de disposition spécifique, les actions en rétablissement de la présomption de paternité et en constatation de la possession d'état paraissent relever du droit commun. Nonobstant le caractère éventuellement attitré de l'action, le régime des actions extra-patrimoniales prévu par l'article 464 al. 3 auquel renvoient les articles 389-5, 389-6 et 510 du Code civil, devrait s'appliquer lorsque le parent concerné est incapable.

467. Ainsi, le mineur non émancipé ne peut agir en justice que par l'intermédiaire de son représentant légal, administrateur ou tuteur. Le parent qui agit en représentation doit obtenir l'accord de l'autre parent ou du juge des tutelles en cas d'administration légale pure et simple[679], et l'autorisation du juge des tutelles en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire[680]. Aux termes de l'article 464 al. 3 du Code civil, le tuteur doit quant à lui être autorisé par le conseil de famille. Sur ce même fondement, le majeur sous tutelle qui souhaite intenter une action pour établir sa filiation avec l'enfant doit *a priori* se faire représenter par son tuteur, autorisé par le conseil de famille. Lorsqu'il n'y a pas de tutelle complète, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas été nommé de conseil de famille, il doit être autorisé par le juge des

[674] Voir L. Cadiet, *op. cit.*, n° 564 et s.
[675] Article 118 et 119 du nouveau Code de procédure civile.
[676] Article 120 du nouveau Code de procédure civile.
[677] Voir A. Gouttenoire, « L'enfant et les procédures judiciaires », Thèse Lyon 3, 1994.
[678] Voir notamment S. Ceccaldi, « Représentation et assistance en justice des majeurs protégés », *Gaz. Pal.* 1995, doctrine p. 1415.
[679] Article 389-5 du Code civil.
[680] Article 389-6 du Code civil.

tutelles[681]. Le majeur sous curatelle sans être totalement incapable d'agir en justice pour des actions extrapatrimoniales, ne peut le faire seul. En application de l'article 510 du Code civil, combiné à l'article 464 al. 3, il doit se faire assister de son curateur.

468. L'application du droit commun des actions extrapatrimoniales ne tient toutefois pas compte de la spécificité des actions relatives à la filiation. Le caractère éminemment personnel de ces actions ne peut se satisfaire de la mise en œuvre habituelle des régimes de protection de l'incapable. D'autres solutions doivent être envisagées.

469. Il est tout d'abord possible de reconnaître une capacité processuelle à l'incapable pour établir sa filiation. Il est vrai que l'établissement non judiciaire de la filiation déroge déjà aux règles de l'incapacité. Selon cette conception, le mineur et le majeur sous tutelle ou curatelle pourraient intenter seuls une action en rétablissement de la présomption de paternité ou en constatation de la possession d'état. Cette solution doit cependant être rejetée. Les modes d'établissement judiciaire de la filiation sont soumis à des conditions de délais et de procédures que le parent incapable risque de ne pas respecter s'il n'est pas accompagné dans ses démarches. Reconnaître l'autonomie de l'incapable pour exercer les actions en justice afin d'établir sa filiation ne répond donc pas au souci de sa protection. Par hypothèse, un contentieux existe quant à cet établissement et il faut s'assurer que les intérêts de l'incapable sont protégés.

470. En ce sens également, il faut remarquer que si le législateur déroge expressément aux règles de l'incapacité pour l'action en recherche de maternité ou de paternité, il ne dit rien de tel pour les actions en rétablissement de la présomption de paternité et en constatation de la possession d'état. Il ne peut donc être possible d'uniformiser le régime applicable aux modes d'établissement judiciaire de la filiation. Une autre distinction semble être retenue par le législateur, opposant l'action exercée par l'incapable au nom de l'enfant et les actions exercées en son nom propre, c'est-à-dire pour établir sa propre filiation avec l'enfant. Si la première peut déroger aux règles de l'incapacité dans la mesure où l'incapable agit alors en qualité de parent, les secondes ne peuvent pas bénéficier de la même solution dès lors que l'incapable agit pour lui-même. Cette remarque vaut d'ailleurs pour le mineur comme pour le

[681] L'article 506 du Code civil n'impose en effet la réunion spéciale d'un conseil de famille pour les tutelles simplifiées que dans l'hypothèse du consentement à donner au mariage du titulaire. Il faut en déduire que pour les autres actions, le juge des tutelles peut y suppléer, comme l'envisage d'ailleurs l'article 468 du Code civil pour les actes portant sur des biens dont la valeur est inférieure à 15 300 euros.

majeur incapable, ce qui ne permet pas de retenir une solution différente selon le type d'incapacité.

471. Il est ensuite envisageable de nuancer la mise en œuvre du régime de protection, au motif du caractère éminemment personnel de l'action exercée, afin de ne pas donner aux représentants légaux la possibilité d'établir en justice une filiation que refuse l'intéressé. Il s'agit ici de trouver une solution intermédiaire entre l'autonomie et la représentation en matière d'établissement judiciaire de la filiation. Cette solution paraît plus justifiée. Elle s'inscrit dans le mouvement de réforme visant à mieux prendre en compte la personne de l'incapable.

472. Il est vrai que les actions relatives à la filiation sont des actions personnelles déclaratives. Or seul l'intéressé qui se prétend parent est en mesure de connaître avec certitude le fait qu'il souhaite voir constater en justice. Par suite, s'il nie l'existence de ce fait, s'il refuse l'action en établissement de filiation, la technique de la représentation ne peut aller à l'encontre de sa décision, au risque de porter atteinte à sa personnalité[682]. En d'autres termes, si l'incapable a fait connaître par l'expression d'une volonté consciente qu'il n'était pas l'auteur de l'enfant et ne souhaitait donc pas être déclaré comme tel, son représentant ne peut agir.

473. Ainsi, pour l'exercice des actions en rétablissement de la présomption de paternité ou en constatation de la possession d'état, il faut poser le principe de la nécessaire participation de l'incapable, qu'il soit mineur, majeur sous tutelle ou sous curatelle. Ils doivent cependant être assistés dans cet exercice, afin de s'assurer de la défense de leurs intérêts.

474. Ce système ne règle pas toutefois la difficulté du parent hors d'état de manifester sa volonté. Le rejet de la représentation risque de rendre impossible l'établissement de la filiation : les modes d'établissement non judiciaire ne peuvent en effet être exercés que par l'intéressé et il ne peut être représenté même lorsqu'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté[683]. La question consiste donc à savoir si l'incapacité naturelle peut conduire à déroger

[682] Voir sur ce point et plus généralement, C. Geffroy, « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP* G 1993, I, 3724, spéc. n° 19 s.
[683] Cf. *supra* § 433.

au principe de la nécessaire participation de l'incapable à l'exercice de l'action. Deux situations semblent permettre cette possibilité : celle du majeur sous tutelle et celle du mineur relevant d'une administration légale sous contrôle judiciaire. En ces cas en effet, le tuteur et l'administrateur, pour agir, doivent être autorisés par le conseil de famille ou le juge des tutelles. Ces organes peuvent ainsi vérifier que le parent est effectivement dans l'impossibilité de manifester sa volonté et que l'action répond à son intérêt. *De lege ferenda*, ce système de l'autorisation pourrait être étendue à toutes les hypothèses dans lesquelles le parent est hors d'état de manifester sa volonté et qu'il est de son intérêt d'exercer une action en vue d'établir sa filiation avec l'enfant. Le curateur devrait cependant toujours demander le renforcement de la mesure afin de pouvoir représenter l'incapable. L'idée de représentation ne contredit pas les solutions retenues en matière d'établissement non judiciaire de la filiation. A l'inverse de ces modes d'établissement, les actions judiciaires impliquent de rapporter la preuve de ses allégations : la filiation établie correspond à une réalité biologique et/ou sociologique. Il faut donc supposer que le représentant légal n'agira que lorsque le comportement passé et/ou présent de son pupille hors d'état de consentir à l'action indique sa volonté de voir établie sa filiation avec l'enfant.

475. Ainsi, il faut souhaiter que la situation du parent incapable, demandeur à l'action en rétablissement de la présomption de paternité ou en constatation de la possession d'état, soit envisagée expressément par le législateur, pour préciser le rôle des organes de protection et de la volonté de l'incapable. Une clarification est également nécessaire lorsque l'incapable est défendeur à de telles actions.

b) Le parent incapable défendeur

476. Le droit commun des actions en justice doit à nouveau être rappelé, dans la mesure où l'absence de disposition expresse conduit *a priori* à son application. Le mineur et le majeur sous tutelle ne peuvent pas défendre seul à l'action. Aux termes de l'article 464 al. 3 du Code civil, leur tuteur est autorisé à défendre à une action extra-patrimoniale avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles[684], et l'administrateur légal, pour ce

[684] Voir en ce sens, A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989, n° 528 qui considère que l'article 464 al. 3 du Code civil exigeant l'autorisation du conseil de famille s'applique que le tuteur soit demandeur ou défendeur.

faire, a besoin de l'autorisation expresse de l'autre parent ou du juge des tutelles[685]. Il faut en déduire que le majeur sous curatelle peut faire de même avec l'assistance de son curateur[686]. Le curatélaire est personnellement partie à l'action relative à la filiation. Il convient d'ailleurs de remarquer que le législateur lui retire expressément cette capacité processuelle en matière de divorce[687], alors que rien de tel n'est envisagé pour les actions relatives à la filiation. Le majeur sous curatelle peut donc être défendeur à une telle action mais doit être assisté, comme pour toutes les actions extra-patrimoniales[688]. De plus, aux termes de l'article 510-2 du Code civil, toute signification faite au majeur sous curatelle doit l'être aussi à son curateur, sous peine de nullité. Ainsi, si le curateur n'est pas partie à la procédure, il en est averti et peut s'assurer du respect des droits de son pupille. Il peut alors si nécessaire demander au juge le pouvoir de représenter le curatélaire dans les actes de procédure sur le fondement de l'article 511 du Code civil.

477. Au regard du caractère éminemment personnel des actions relatives à la filiation et par analogie avec la situation de l'incapable demandeur à l'action, sa participation doit toujours être recherchée, même s'il est sous tutelle. Il a notamment toujours la possibilité d'acquiescer aux prétentions de la partie adverse. Il ne serait en effet pas justifié de lui donner la capacité civile de reconnaître son enfant devant notaire et de la lui refuser devant un juge[689]. Toutefois, s'agissant ici d'effectuer un acte de procédure qui revient à renoncer aux voies de recours[690], il convient de distinguer la titularité et l'exercice de l'action. S'il est en état de manifester sa volonté, l'incapable est le seul à pouvoir acquiescer et ainsi consentir à l'établissement contentieux de la filiation. Son refus y fait obstacle. Cependant, en application du droit commun, il doit pour exercer ce droit être représenté par son tuteur autorisé par le conseil de famille[691], par son administrateur légal autorisé par l'autre parent ou le juge des tutelles[692], ou être assisté par son curateur[693]. Cet acquiescement est judiciaire et est soumis comme toutes les actions en justice à une condition de capacité. Comme en demande

[685] Article 389-4 du Code civil.
[686] Article 510 du Code civil.
[687] Article 249-1 du Code civil.
[688] En ce sens, A. Raison, *op. cit.*, n° 1058 ; *Contra* : J. Massip, *op. cit*., n° 733.
[689] La Cour de cassation a ainsi déjà affirmé que la possibilité pour le père prétendu d'acquiescer au jugement ayant déclaré sa paternité revient à reconnaître l'enfant, ce qu'il peut faire librement, et n'est donc pas contraire au principe de l'indisponibilité de la filiation : Cass. 1re civ., 7 mars 2000 : *Defrénois* 2000, art. 37229, n° 61, p. 1058, obs. J. Massip ; *Petites affiches* n° 140 du 16 juillet 2001, note A. Kimmel-Alcover, p. 22.
[690] Voir en ce sens Cass. 1re civ., 3 mars 1992 : *Bull. civ.* I, n° 73 ; *RTD civ.* 1992, n° 4, p. 101, obs. J. Hauser.
[691] Article 464 al. 2 *in fine* du Code civil.
[692] Article 389-5 et 389-6 du Code civil.
[693] Article 510 du Code civil.

toutefois, la recherche de la volonté de l'incapable devrait être nécessaire, ce qui revient à rejeter toute représentation en la matière. Le juge doit s'assurer de l'accord de l'intéressé, ce qui revient à imposer son intervention à l'instance et à limiter les pouvoirs du représentant. La désignation d'un avocat ne fait d'ailleurs qu'accentuer la faible importance du représentant dans cette procédure. De même, dans l'hypothèse où l'incapable est hors d'état de manifester sa volonté, il ne faut pas donner aux représentants légaux le pouvoir d'acquiescer à l'action et donc de consentir à l'établissement de la filiation, même dans l'intérêt de leur pupille, afin de laisser au juge le pouvoir de décision en la matière[694].

478. Ainsi, le régime de protection de l'incapable joue en demande comme en défense, même si le principe de représentation doit être nuancé pour tenir compte du caractère éminemment personnel de l'action. Ce rôle de l'incapacité se retrouve en parallèle pour les modes de preuve du fait allégué, c'est-à-dire de la filiation.

2. La capacité exigée pour la recherche de preuves de la filiation

479. Les contentieux relatifs à la filiation donnent souvent lieu à la recherche d'une preuve certaine, afin de résoudre un conflit ou de mettre fin au doute. Le droit français faisant primer la vérité biologique, cette preuve peut être obtenue par identification génétique. Or le caractère invasif de ce mode de preuve en fait un acte exceptionnel, sans cependant être médical. Aux termes de l'article 16-11 al. 2 du Code civil, le consentement de l'intéressé est alors obligatoire, ce qui soulève une difficulté lorsqu'il est présumé être dans l'impossibilité de donner seul son consentement, c'est-à-dire lorsqu'il est civilement incapable.

480. Dans le domaine voisin de l'identification à des fins médicales, aux termes de l'article L. 1131-1 al. 3 du Code de la santé publique, il est possible à titre exceptionnel, dans l'intérêt de la personne et le respect de sa confiance, de se passer de son consentement. Cette solution ne peut pas être transposée dans le cadre d'une procédure d'établissement de la filiation. Il s'agit alors d'un acte éminemment personnel, aussi bien dans ses modalités que dans sa finalité : il porte atteinte au corps de l'intéressé et a pour objet de révéler le fait intime qu'est la procréation. En effet, dans ses modalités, l'acte d'identification en vue d'établir la filiation, même bénin, porte atteinte au corps de l'intéressé par le prélèvement de sang ou de

[694] *Cf. supra* § 467.

cellules. En vertu du principe d'inviolabilité du corps humain, le consentement de l'individu est alors déjà exigé[695]. De même, dans sa finalité, l'acte d'identification permet de révéler la parenté biologique de la personne, c'est-à-dire des informations qui relèvent de la sphère privée[696]. Le régime de l'incapacité civile ne met donc pas fin à l'exigence du consentement de l'intéressé.

481. Pour autant, cette solution ne répond pas à l'intérêt de l'individu. Il est contradictoire d'admettre d'un côté la possibilité, en demande comme en défense, de représenter l'incapable à l'action visant à rétablir la présomption de paternité lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté, tout en lui refusant de l'autre côté de pouvoir décider d'un tel mode de preuve sans le consentement de l'intéressé. En effet, lorsque le parent n'est pas en mesure de consentir à l'identification, il risque de faire échec à l'établissement de sa propre filiation ou au contraire, s'il est défendeur à l'action, conduire à l'établissement d'un lien qui paraît pourtant erroné. Aussi, deux hypothèses doivent être distinguées : celle dans laquelle l'incapable civil est apte à consentir à l'acte, et celle dans laquelle il est hors d'état de manifester sa volonté. Ce n'est pas dans l'opposition de l'incapable mineur avec l'incapable majeur mais sur l'existence ou l'absence de volonté consciente que repose le régime à mettre en œuvre.

482. Dans la première hypothèse, il convient de laisser à l'incapable la capacité de consentir à l'identification[697]. Nul ne peut le contraindre à subir une telle atteinte à sa personne. La solution correspond alors à celle retenue en matière d'acte médical non thérapeutique[698]. L'incapable mineur ou majeur qui est en mesure d'exprimer sa volonté doit consentir à l'acte invasif visant à prouver sa filiation avec l'enfant. Apte à consentir, il est en mesure de comprendre la portée de son consentement et de son refus. Donner aux représentants légaux le pouvoir de décider de recourir à ce mode de preuve sans son consentement serait constitutif d'une atteinte injustifiée à l'intégrité physique et à la vie privée de l'incapable. Il est vrai d'ailleurs que lorsque l'incapable est en état de manifester sa volonté, aucune action en établissement judiciaire de la filiation ne peut être intentée sans son

[695] *Cf.* article 16-1 du Code civil.
[696] Voir sur ce point D. Fenouillet, « Respect et protection du corps humain », *J.-Cl. civ.*, art. 16 à 16-12, Fasc. 32, 1997, n° 26.
[697] En ce sens, J. Hauser, *in* « Filiation, Identification génétique, PMA », *J-Cl. civ.*, art. 311-19 à 311-20, 1997, n° 28, énonce qu'il est possible « d'admettre, sur la base préalable du consentement de l'intéressé toutes les fois qu'on peut le recueillir, que ce consentement pourrait être suppléé par les organes de la tutelle selon les modalités prévues aux différents régimes ».
[698] *Cf.* article 16-3 du Code civil.

consentement[699]. De même, lorsque l'incapable est défendeur à l'action, sa participation doit toujours être recherchée et il peut toujours acquiescer aux prétentions de la partie adverse. Les modalités de consentement à la recherche de preuve sont donc en adéquation avec la capacité reconnue à l'individu en état de manifester sa volonté en matière d'établissement judiciaire de la filiation.

483. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'incapable mineur ou majeur est hors d'état de manifester sa volonté, il faut, dans son intérêt, donner aux représentants légaux, c'est-à-dire aux administrateurs légaux et aux tuteurs, la possibilité de consentir à l'identification[700]. L'incapacité civile de l'individu ne l'empêche donc pas de consentir à l'identification s'il est en état de manifester sa volonté, mais produit ses effets par la possible intervention des représentants légaux si l'intéressé ne dispose pas de la capacité naturelle suffisante pour consentir. L'importance de l'acte conduit à exiger le consentement des deux parents si l'individu est incapable mineur ou du tuteur autorisé par le conseil de famille lorsque l'intéressé est incapable majeur. Pour éviter la situation dans laquelle nul ne pourrait consentir à l'examen, ce qui aurait pour effet de priver l'individu d'un possible lien de filiation avec son enfant ou au contraire conduire à l'établissement d'un lien erroné[701], le curateur d'un majeur hors d'état de manifester sa volonté doit solliciter l'aggravation de la mesure afin d'être autorisé à décider de l'acte visant à prouver la filiation, le juge aux affaires familiales devant surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge des tutelles.

484. Ainsi, en principe, le régime de l'incapacité civile du parent prétendu joue dans les actions relatives à la filiation visant à rétablir la présomption de paternité ou à constater la possession d'état. Toutefois, au regard du caractère éminemment personnel de l'action, le régime de l'assistance doit être préféré à celui de la représentation, qui ne doit être envisagée que lorsque l'incapable est hors d'état de manifester sa volonté.

485. Face à l'incapacité de l'intéressé, l'établissement judiciaire de la filiation doit être distingué de l'établissement non judiciaire. Si l'incapacité civile ne joue pas pour l'établissement non judiciaire, elle doit être prise en compte, au moins dans une certaine

[699]L'action en recherche de maternité ou de paternité est même exercée en toute autonomie par le parent incapable en état de manifester sa volonté.
[700] Il est inutile de donner cette prérogative au curateur, qui ne peut déjà pas représenter mais seulement assister le majeur à l'action.
[701] Voir sur ce point J. Hauser, *J-Cl. civ.* préc., art. 311-19 à 311-20, 1997, n° 28.

mesure, pour l'établissement judiciaire. Le point commun entre ces deux modes d'établissement de la filiation réside dans le rôle donné dans presque tous les cas à la capacité naturelle.

486. Il est donc possible d'affirmer que l'incapable peut établir sa filiation. Il faut ensuite vérifier qu'il peut également ne pas établir sa filiation.

Section 2 : La possibilité pour l'incapable de ne pas établir sa filiation avec l'enfant

487. L'affirmation selon laquelle l'incapable peut ne pas établir sa filiation avec l'enfant se vérifie à deux niveaux. Tout d'abord, la mère incapable peut faire obstacle à cet établissement en décidant d'accoucher sous X[702] (§ 1). Ensuite, bien que la filiation soit déjà établie, plusieurs techniques permettent au parent même incapable de mettre fin à ce lien de droit avec l'enfant (§ 2).

§ 1. L'accouchement sous X

488. Aux termes de l'article 326 nouveau du Code civil, « lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé » [703]. Elle peut également, aux termes de l'article 57 al. 1 du Code civil, accoucher en faisant état de son identité mais sans établir de filiation vis-à-vis de son enfant qui est alors de filiation inconnue. Dans les deux cas, la parturiente refuse donc d'établir sa filiation. Mais seul l'accouchement sous X fait obstacle à cet établissement. Par cette décision, elle empêche en effet l'action en recherche de maternité et donc l'établissement de sa filiation avec l'enfant[704].

[702] Voir notamment F. Dreifuss-Netter, « L'accouchement sous X », Mélanges Huet-Weiller, LGDJ, 1994, p. 99.
[703] Voir, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui a conservé la même formulation, l'article 341-1 du Code civil.
[704] Article 325 al. 2 nouveau du Code civil. Voir, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, l'article 341, qui envisage une fin de non recevoir pour l'établissement d'un lien de filiation naturelle et par analogie pour l'action en réclamation d'état, l'anonymat de la femme ne permettant de plus pas de savoir si elle est mariée ou non. Sur les droits de l'enfant et de la mère biologique, voir B. Mallet-Bricoud, « Réforme de

489. En 2001, à partir du nombre d'enfants admis comme pupille de l'Etat, il est possible d'estimer à plus de 600 le nombre de femmes ayant accouché dans l'anonymat. Une sur deux avaient moins de 23 ans, et une sur dix moins de 18 ans[705]. L'importance des conséquences de cet acte conduit à s'interroger sur la capacité nécessaire à son exercice. Il apparaît alors que si l'incapacité civile de la parturiente est sans effet (A), l'incapacité naturelle est prise en compte (B).

A) L'absence d'effet de l'incapacité civile de la parturiente

490. Deux arguments conduisent en la matière à priver d'effet l'incapacité civile. Tout d'abord, malgré l'importance de la décision d'accoucher sous X pour la femme comme pour l'enfant, il apparaît que la qualification d'acte juridique abdicatif doit être rejetée. Il faut par suite exclure l'application des règles relatives aux renonciations effectuées par une personne civilement incapable, qui auraient pour conséquence de refuser à la femme mineure ou majeure incapable la possibilité de décider seule d'accoucher anonymement (1). Ensuite, la lecture des termes même de la loi conduit à constater qu'il s'agit ici d'une décision éminemment personnelle insusceptible de représentation, qui ne dépend pas du régime civil de protection de l'intéressée (2).

1. Le rejet de la qualification d'acte juridique abdicatif

491. L'accouchement est un fait juridique. Par suite, l'article 1108 du Code civil ne lui est pas applicable : aucune condition de capacité n'est exigée pour pouvoir accoucher. Cependant, l'accouchement sous X n'est pas seulement le fait de donner la vie ; c'est aussi la décision de demander l'anonymat et donc d'empêcher l'établissement de la filiation. La parturiente manifeste sa volonté d'effacer le fait de son accouchement. Deux approches de cette manifestation de volonté sont alors possibles.

---

l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP* G 2002, I, 119.

[705] R. Henrion, Rapport de l'académie nationale de médecine, *Accouchement sous X : les nouvelles dispositions législatives*, 2003. Dans le même sens, voir l'étude de la délégation aux droits des femmes, citée par M.-H. Aubert, *JO* AN Déb., 31 mai 2001, p. 3740.

492. Dans une première approche, cette manifestation de volonté s'analyse comme un acte juridique abdicatif[706]. Il s'agit pour la femme de renoncer à exercer son droit à établir sa filiation avec l'enfant. En effet, l'article 325 al. 2 nouveau du Code civil rejette toute possibilité d'agir en recherche de maternité lorsque la mère a accouché anonymement. L'enfant sans filiation est alors recueilli par l'aide sociale à l'enfance et admis à la qualité de pupille de l'état au bout de deux mois[707]. Cette qualité lui permet d'être placé en vue de son adoption, ce qui aura pour effet de rendre définitif la décision de la parturiente, c'est-à-dire de faire obstacle à l'établissement de la filiation par la mère biologique et donc à la restitution de l'enfant[708]. Ainsi, l'accouchement sous X se définit ici comme une renonciation à l'établissement de la filiation qui produit ses effets à l'expiration d'un certain délai.

493. Selon cette conception, il n'est pas possible de transposer à l'accouchement sous X le raisonnement tenu en matière de reconnaissance de maternité ou de paternité, pour laquelle l'incapacité civile est sans conséquence. La capacité exigée pour réaliser un acte déclaratif diffère de celle nécessaire à un acte abdicatif. En effet, un mineur ou un majeur incapable ne peut renoncer seul à un droit. Et aux termes de l'article 389-5 du Code civil, même d'un commun accord, les parents ne peuvent renoncer à un droit pour le mineur sans l'autorisation du juge des tutelles. Il en est de même pour le tuteur, et l'assistance du curateur est également requise. Si le législateur n'a envisagé la prohibition de la renonciation que pour les droits patrimoniaux, il ne faut pas en déduire la solution inverse en matière extra-patrimoniale et ce d'autant plus que ces actes sont présumés être plus graves[709]. Ainsi, l'incapable ne peut décider seule d'accoucher sous X car elle ne peut seule renoncer à son droit d'établir sa filiation avec l'enfant. D'ailleurs, « rien dans les textes ne permet d'affirmer qu'en droit des incapacités la décision d'accoucher sous X appartient à la mineure seule sans aucune autre protection »[710].

494. Dans une seconde approche opposée à la première, la décision d'accoucher sous X ne s'analyse pas comme un acte juridique abdicatif. Il s'agit seulement d'une demande sur la façon dont un fait juridique, l'accouchement, va se réaliser[711]. En d'autres termes, c'est une

[706] En ce sens, voir J. Hauser, obs. sous Cass. 1re civ., 5 novembre 1996 : *RTD civ.* 1997, n° 5, p. 98.
[707] Article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles.
[708] Article 352 du Code civil.
[709] Pour J. Hauser, obs. préc., p. 100, une telle « conclusion frôlerait le libertaire ! ».
[710] J. Hauser, obs. préc., p. 100.
[711] Ce qui justifie l'impossibilité d'admettre l'accouchement sous X rétroactif. Une fois l'identité connue, il n'est pas possible de retomber dans l'anonymat. Mais la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance sans révélation

demande de secret et d'anonymat portant sur l'accouchement[712]. L'effet de droit produit par la manifestation de volonté, c'est-à-dire l'impossibilité d'établir un lien de filiation, est la conséquence du placement de l'enfant en vue de son adoption et non de la décision de ne pas établir la filiation. Cette volonté ne fait pas définitivement obstacle à l'établissement d'un lien. Seul l'écoulement d'un délai de deux mois produit cet effet, après la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance[713]. Ainsi, en décidant d'accoucher sous X, la mère ne fait qu'exercer une liberté individuelle, celle de taire sa maternité[714]. Dans cette logique, la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance, qui fait suite à l'expression de cette volonté, n'est pas un acte juridique abdicatif. Elle ne peut pas s'analyser comme une « renonciation unilatérale à exercer ses droits de maternité »[715]. D'une part, la femme n'est à ce moment pas juridiquement la mère et ne peut en conséquence renoncer à exercer des droits dont elle ne dispose pas, et d'autre part elle peut revenir sur sa décision de faire obstacle à l'établissement de la filiation pendant un délai deux mois, c'est-à-dire tant que l'enfant n'est pas placé en vue de son adoption, simplement en décidant de reconnaître l'enfant. En d'autres termes, l'accouchement anonyme se définit seulement comme la décision de ne pas exercer immédiatement le droit d'établir sa filiation, au risque de ne plus pouvoir le faire à l'issu d'un certain délai. D'ailleurs, la prohibition posée par l'article 323 nouveau du Code civil[716] de toute renonciation portant sur les actions relatives à la filiation conduit également à ne pas considérer que la femme qui accouche sous X renonce à établir sa filiation. Seul l'écoulement du délai de deux mois permettant le placement de l'enfant en vue de son adoption peut produire cet effet. La décision d'accoucher sous X ne constitue qu'un préalable possible à l'adoption plénière d'un enfant.

495. Cette seconde conception est juridiquement mieux fondée. Elle paraît consacrée par la Cour de cassation, qui a énoncé dans un arrêt du 6 avril 2004 que la femme qui accouche anonymement ne donne pas son consentement à la remise de l'enfant au service de

---

de son identité est toujours possible sur le fondement de l'article L. 224-4-2e du Code de l'action sociale et des familles.

[712] En ce sens, C. Neirinck, « L'accouchement sous X, le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922, n° 12, qui note que pourtant le droit n'a pas le pouvoir d'effacer un fait comme l'accouchement.

[713] Article 351 al. 2 du Code civil. *Cf. infra*.

[714] Rapport Conseil d'Etat, « Statut et protection de l'enfant », La documentation française 1990, spéc. p. 78-79 : « Le parent par le sang, au nom de la liberté individuelle, a le droit de faire respecter ce qui constitue l'un des éléments les plus fondamentaux de son intimité, celui de taire sa paternité ou sa maternité ».

[715] En ce sens, P. Murat, obs. sous CA Agen, 14 décembre 1995 : *Dr. famille* nov. 1996, comm. n° 5 ; *JCP* G 1997, II, 22749, 1re esp., note I. Ardeef ; *JCP* G 1996, I, 3946, n° 3, obs. Y. Favier.

[716] Article 311-9 du Code civil avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui n'en modifie pas le contenu.

l'aide sociale à l'enfance[717]. La Cour casse en effet une décision de Cour d'appel ayant accepté la restitution de l'enfant alors que plus de deux mois s'étaient écoulés depuis la remise de l'enfant à l'aide sociale en se fondant sur le fait que le procès verbal de cette remise était affecté d'un vice du consentement, la mère n'ayant pas été suffisamment informée au moment de la signature de ce procès verbal sur le délai pendant lequel elle pouvait reprendre l'enfant[718]. Pour la Cour de cassation, en l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie de sorte que le consentement de la mère biologique n'avait pas à être constaté lors de la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance. Le consentement n'étant pas nécessaire, peu importe qu'il soit affecté d'un vice ou non. La remise de l'enfant au service de l'aide sociale est donc valable. La Cour de cassation avait d'ailleurs déjà statué en ce sens dans une affaire où la parturiente était mineure, décidant expressément que la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance ne peut être contestée au motif de l'incapacité de la mère biologique[719]. En validant la remise de l'enfant au service de l'aide sociale, la Cour consacre la possibilité pour une femme mineure incapable de décider d'accoucher anonymement sans avoir besoin d'autorisation. Ainsi, ni les vices du consentement ni l'incapacité ne peuvent jouer dès lors que le consentement de la parturiente n'est pas une condition de la remise de l'enfant à l'aide sociale. Il est vrai que la femme qui accouche dans l'anonymat « n'a aucun pouvoir de décider des conséquences que produira cette remise, notamment en ce qui concerne le choix de la famille d'accueil ou le lieu de placement de l'enfant »[720]. Ainsi, la décision d'accoucher sous X et la remise de l'enfant à l'ASE qui lui fait suite, ne sont pas des actes juridiques abdicatifs. La parturiente exprime certes une volonté, mais qui se limite à taire son identité. La mère biologique ne peut faire définitivement obstacle à l'établissement d'un lien de filiation par la seule expression de sa volonté à un moment donné. Pour autant, « l'abandon d'un enfant ne peut s'analyser comme un banal fait juridique constaté par un procès verbal. Il doit aussi s'analyser comme un acte juridique volontaire et unilatéral »[721].

[717] Cass. 1re civ., 6 avril 2004 : *Dr. famille* juill-août 2004, comm. n° 120, note P. Murat ; *JCP* G 2004, II, 10145, note C. Geffroy ; *RD sanit. soc.* 2004, p. 691, obs. F. Monéger ; Anh Ton Nu Lan, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », RJPF 2004-7.8/32.

[718] Aux termes de l'article L. 224-5-3e du Code de l'action sociale et des familles, le service de l'aide sociale à l'enfance doit en effet fournir notamment une information à la mère de naissance sur les « délais et conditions suivant lesquels l'enfant pourra être repris par ses père et mère ».

[719] Cass. 1re civ. 5 nov. 1996 : *Dr. famille* déc. 1996, comm. n° 19, obs. P. Murat ; *JCP G* 1997, II, 22749, 2e esp., note I. Ardeef ; *RTD civ.* 1997, n° 5, p. 98, obs. J. Hauser ; *D.* 1997, somm. 161, obs. F. Granet ; *Defrénois* 1997, art. 36591, n° 64, p. 718, obs. J. Massip.

[720] I. Ardeef, note préc., n° 4.

[721] Anh Ton Nu Lan, art. préc. et *cf. infra* § 505.

496. Les restrictions relatives aux renonciations à un droit ne s'appliquent donc pas à la décision d'accoucher sous X. L'impossibilité de représenter la parturiente pour l'expression de cette volonté se vérifie également au regard du caractère éminemment personnel de cette décision.

2. Une décision éminemment personnelle

497. La difficulté tient à ce que l'article 326 nouveau du Code civil ne donne qu'à la mère la possibilité de demander l'anonymat de l'accouchement. Elle est donc la seule à pouvoir décider d'accoucher sous X[722]. En cas d'incapacité civile, la présomption d'impossibilité à donner son consentement peut cependant susciter une difficulté. Le jeu de cette présomption devrait en effet *a priori* rendre nécessaire la représentation ou au moins l'assistance de l'intéressée dans l'expression du consentement à l'anonymat. Cependant, il apparaît que la nature éminemment personnelle de la décision interdit toute représentation et impose de ne pas présumer de l'impossibilité pour la femme même civilement incapable de donner un tel consentement.

498. Un premier argument purement pratique conduit déjà à ne pas faire jouer le régime de protection de l'intéressée. En effet, comment faire intervenir son tuteur ou son curateur si leur existence n'est pas connue ? Par hypothèse, la femme est ici anonyme. Le personnel hospitalier ne peut donc pas vérifier sa capacité civile et solliciter l'intervention d'un représentant légal dont il ignore la nomination[723].

499. La portée de cet argument ne doit pas être nuancée. En effet, si *a priori* certains indices peuvent permettre au personnel médical de douter de la capacité civile de la parturiente, ils ne conduisent en réalité seulement qu'à constater certaines causes de ces incapacités et non leur existence. Notamment, les caractéristiques physiques peuvent révéler le jeune âge de l'intéressée et donc permettre de présumer de sa minorité. Mais elles ne permettent pas de connaître avec certitude l'âge de la jeune femme et encore moins de savoir si elle est émancipée ou non. De même, l'altération des facultés mentales révélée notamment par une incohérence dans ses propos et une difficulté à comprendre les informations même simples qui lui sont données, peut permettre de penser que la parturiente est placée sous un

[722] En ce sens, C. Neirinck, « L'accouchement sous X, le fait et le droit », préc., n° 6.
[723] En ce sens, P. Murat, comm. préc.

régime de protection. Mais là encore, aucune certitude n'est possible et la nature du régime de protection ne peut non plus être déduite. Ainsi, en pratique, la procédure d'accouchement sous X supposant qu'aucune pièce d'identité ne soit présentée, ni aucune enquête diligentée[724], l'incapacité civile de l'intéressée ne peut être connue et donc produire ses effets. La pratique des hôpitaux confirme cette analyse : notamment, « le fait que la personne soit vraisemblablement mineure n'atténue d'aucune façon l'obligation absolue de secret. L'âge de la mère (par principe ignoré) ne modifie pas la procédure devant être suivie. Il en résulte que les parents de la mère ne doivent pas être informés par le personnel hospitalier de cette situation, ni *a fortiori* appelés à y consentir »[725].

500. Un second argument tiré de la nature éminemment personnelle de la décision d'accoucher sous X peut être soulevé pour priver d'effet l'incapacité civile en la matière. En effet, un parallèle peut être effectué entre l'accouchement anonyme et la reconnaissance de maternité ou de paternité[726]. Si la volonté d'établir sa filiation avec l'enfant et donc de faire état de son identité n'est pas soumise à une condition de capacité civile mais seulement au besoin d'une certaine aptitude, il doit en aller de même de la volonté de taire sa maternité qui conduit à ne pas établir de lien de filiation avec l'enfant. A l'inverse, aucun parallèle ne peut être opéré avec l'interruption de grossesse, dans laquelle la femme exprime sa volonté quant à la naissance de l'enfant. Il y a ici une différence de degré : la reconnaissance et l'accouchement sous X sont relatifs à l'établissement d'un lien de droit alors que l'interruption de grossesse intervient en amont, sur la décision de donner ou non la vie, c'est-à-dire sur l'existence de l'une des personnes avec qui le lien pourra ensuite être établi, ce qui au regard de sa gravité doit donner lieu à un encadrement renforcé.

501. Ainsi, toute femme, même incapable, dispose d'un droit à accoucher sous X[727], d'un « droit au secret de la procréation »[728]. Plus exactement, il faut parler de liberté fondamentale de la femme, au même titre que la contraception ou l'interruption de

[724] Article L. 222-6 al. 3 du Code de l'action sociale et des familles.
[725] M. Dupont et C. Rey-Salmon, « L'enfant, l'adolescent à l'hôpital, Règles et recommandations applicables aux mineurs », Les guides de l'AP-HP, Doin éd., 2002, p. 139.
[726] En ce sens, P. Murat, comm. préc.
[727] Voir J. Rubellin-Devichi, « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ.* 1991, p. 695, spéc. p. 699 ; B. Trillat, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », Mélanges Huet-Weiller, LGDJ, 1994, p. 513, spéc. p. 515. Et après la réforme de 2002, voir notamment C. Neirinck : « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003-3/12 ; H. Gaumont-Prat : « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 février 2003 », *Dr. famille* mai 2003, chron. n° 14, p. 4.
[728] J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille*, op. cit., n° 777 et note 557.

grossesse[729]. Le fait de taire sa maternité, comme sa paternité, a été qualifié par le Conseil d'Etat d'un « des éléments les plus fondamentaux de l'intimité »[730].

502. La représentation et l'assistance telles que les envisage le régime civil de protection sont donc exclues. Mais la parturiente n'est pas privée de protection. Aux termes de l'article L. 222-6 al. 2 du Code de l'action sociale et des familles, les femmes peuvent bénéficier, sur leur demande ou au moins avec leur accord, d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance. Ainsi, une assistance est possible, mais en dehors de l'incapacité civile.

503. Cette possibilité révèle le souci de protection de la parturiente. Or cette protection se doit d'être renforcée lorsque la femme est plus fragile, ce qui est le plus souvent le cas d'une femme civilement incapable. C'est pourquoi, sans revenir sur l'absence d'effet de l'incapacité civile en la matière, il faut tenir compte de l'incapacité naturelle de la parturiente à décider de l'anonymat et en préciser les effets.

B) Les effets de l'incapacité naturelle de la parturiente

504. La décision d'accoucher sous X est lourde de conséquences. Il faut donc s'assurer de la réalité du consentement donné à l'anonymat. L'absence de présomption d'impossibilité à exprimer une volonté consciente n'empêche pas d'en rapporter la preuve. Dans une telle hypothèse cependant, la sanction à prononcer soulève des difficultés. La nullité de l'accouchement sous X paraît relever d'un régime particulier difficile à mettre en œuvre (1). Par suite, afin d'éviter de recourir à la nullité, il faut s'interroger sur la possibilité *de lege ferenda* de refuser préventivement la possibilité d'accoucher sous X à une mère dont l'impossibilité de décider seule est avérée (2).

1. La difficulté d'annuler l'accouchement sous X

505. Pour être valable, la volonté de taire sa maternité doit être consciente. Elle ne doit pas être exprimée sous l'empire d'un trouble mental, ni par une personne immature, inapte à

[729] L. Neuwirth, *JO* Déb. Sénat, séance du 8 déc. 1992, p. 3736 et pour une position inverse, J. Massip, note sous Cass. 1re civ., 10 février 1993 : *D.* 1994, jurisp. p. 66, spéc. note 10.
[730] Rapport Conseil d'Etat, préc., p. 78-79.

comprendre la portée de ses actes. Le fondement de l'éventuelle remise en cause de l'accouchement sous X est cependant incertain. Le rejet de la qualification d'acte juridique abdicatif ne doit pas conduire à ne retenir que la qualification de fait juridique. L'accouchement sous X se distingue du simple accouchement par l'expression d'une certaine volonté de la parturiente. Or cette volonté a pour objet ou pour effet de produire des effets de droit. Certes, il ne s'agit pas de rendre l'enfant adoptable[731]. Mais les effets de droit en cause sont de ceux qui sont portés à la connaissance de la parturiente qui exprime le souhait de taire son accouchement. En effet, aux termes de l'article R. 147-22 du Code de l'action sociale et des familles, un document doit être remis à toute femme qui accouche sous X, afin notamment de lui indiquer les conséquences juridiques de la demande expresse de secret et les modalités et le délai pendant lequel elle peut le cas échéant, établir le lien de filiation[732]. Il apparaît alors que la parturiente qui accouche sous X, une fois informée, exprime sa volonté afin de produire un effet de droit : faire courir le délai de deux mois aux termes duquel sa filiation avec l'enfant ne pourra plus être établie. Le consentement exprimé n'est donc pas en soi abdicatif, mais il n'en est pas moins constitutif d'un acte juridique.

506. Dans cette hypothèse, la remise en cause de l'accouchement sous X peut être fondée sur l'article 489 du Code civil entendu au sens large, c'est-à-dire sur l'exigence d'une capacité naturelle à exprimer une volonté consciente. L'incapacité naturelle de décider d'accoucher sous X recoupe donc toutes les impossibilités nées d'une qualité inhérente à la personne de consentir à l'anonymat. Or comme toute incapacité, sa caractérisation permet d'annuler l'acte réalisé sous son empire.

507. La possibilité de faire appel à l'article 489 du Code civil pour revenir sur le consentement donné à l'anonymat permet de connaître le régime de la sanction à mettre en œuvre. Il n'est pas envisageable de sanctionner différemment le consentement donné sous l'empire d'un trouble mental et celui donné par une personne très immature. Il s'agit dans tous les cas d'une nullité de protection prescrite au bout de cinq ans, qui ne peut être exercée que par l'intéressée, son tuteur ou son curateur, qu'il soit ou non déjà nommé au moment de l'acte. Cependant, aux termes de l'article 1304 al. 3 du Code civil, ce temps ne court pour le

[731] *Cf. supra*.
[732] Voir sur ce point M.-C. Le Boursicot, « Présentation des documents assurant l'information des femmes qui accouchent dans le secret », *RJPF* 2005-7-8/46.

mineur que du jour de son émancipation et pour le majeur protégé que du jour où il en a eu connaissance alors qu'il était en situation de consentir valablement.

508. Le principe de la nullité ne soulève normalement pas de difficulté : cette sanction est inhérente à l'incapacité. Toutefois, sa mise en œuvre dans le cadre de l'accouchement anonyme ne répond pas toujours au souci de protection de l'intéressée, ce qui est en principe sa finalité, ni même à celle de l'enfant. En effet, la décision d'accoucher anonymement suivie de la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance fait définitivement obstacle à toute action en recherche de maternité au bout de deux mois, lorsque l'enfant revêt la qualité de pupille de l'état et devient définitivement adoptable[733]. La remise en cause du consentement exprimé est difficilement conciliable avec ce principe, et ce à un double titre.

509. La nullité est difficilement conciliable avec l'idée d'obstacle à toute recherche ultérieure de sa filiation par l'enfant posée par l'article 325 nouveau du Code civil. En principe, celui-ci, qu'il ait ou non une nouvelle filiation, ne peut agir ni en recherche de maternité naturelle, ni en réclamation d'état. La loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat et l'arrêt Odièvre c/ France rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 13 février 2003[734] ne modifient pas ce principe. Sous certaines conditions, l'enfant peut seulement dorénavant connaître l'identité de ses parents biologiques mais ne peut pas établir sa filiation. La femme qui accouche sous X est invitée à laisser, mais sans contrainte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Ce pli est conservé par le service de l'aide sociale à l'enfance du département et ne sera ouvert que par un membre du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, si cet organisme est saisi d'une demande d'accès à la connaissance de ses origines par l'enfant devenu adulte ou, s'il est mineur, par son ou ses représentants légaux ou par lui-même avec l'accord de ceux-ci. Dans ce cas, la mère est recherchée et contactée par l'organisme qui lui demande de confirmer ou non sa décision de ne pas faire connaître à l'enfant son identité. La mère biologique est également informée qu'à tout moment, elle peut lever le secret de son

[733] Article 341 al. 1 du Code civil et article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles.
[734] Cour EDH, gde chambre, 13 février 2003, Odièvre c/ France : *JCP* G 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; ibid. I, 120, par Ph. Malaurie ; *RJPF* 2003-4/34, obs. M.-C. Le Boursicot ; *Dr. famille* mai 2003, comm. n° 58, note P. Murat ; ibid. chron. n° 14, par H. Gaumont-Prat ; F. Monéger, « L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire Odièvre contre France », *RD sanit. soc.* 2003, p. 219 ; B. Mallet-Bricout, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2003, chron. p. 1240.

identité, qu'elle ait ou non préalablement confié un pli fermé, mais qu'elle n'aura plus au bout de deux mois la possibilité de rechercher son enfant.

510. L'annulation du consentement donné par la parturiente, au motif que la volonté exprimée n'était pas consciente, met fin à cette prohibition de l'action en recherche de maternité. Le consentement n'étant plus considéré comme ayant été donné par la mère, l'enfant se retrouve avec une filiation inconnue mais peut essayer de l'établir. La volonté de la mère de taire sa maternité n'existe pas. Par suite, elle peut être identifiée et le lien de filiation peut être établi. Ainsi, en réalité, pendant cinq ans sur le fondement de l'article 489 du Code civil, voire plus en application de l'article 1304 al 3 du Code civil, l'enfant peut établir sa filiation même si sa mère a accouché sous X, si la preuve de l'incapacité naturelle de la mère à consentir à l'anonymat est rapportée. Cependant, la portée de ce raisonnement doit être nuancée. En effet, seule la mère, son tuteur ou son curateur peuvent demander la nullité, qui répond à un souci de protection de cette femme incapable afin de lui permettre de voir établie sa filiation avec un enfant avec lequel elle n'a plus de contact. Il s'agit de s'assurer que comme pour tout acte juridique, l'intéressée a donné un consentement conscient. Ainsi, lorsque l'enfant n'a pas été adopté, l'action en recherche de maternité pourra être exercée par le tuteur de la mère. Et aux termes de l'article 352 du Code civil, s'il a été placé en vue de son adoption, la nullité du consentement à l'anonymat, qui répond à l'intérêt de la mère, ne peut aller jusqu'à permettre l'établissement de la filiation et la restitution de l'enfant. Une telle solution serait contraire à l'intérêt de l'enfant en ce qu'elle instaure une instabilité quant aux relations affectives que l'enfant peut tisser avec ses futurs parents adoptifs. De même et surtout, il n'est en aucun cas possible de revenir sur l'adoption prononcée de l'enfant. Aux termes de l'article 359 du Code civil, l'adoption est irrévocable. En ce cas, l'enfant ne peut donc que connaître l'identité de sa mère biologique, comme il en est déjà question sous certaines conditions en vertu de l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles. Le placement en vue de l'adoption et l'adoption sont indépendants du consentement à l'anonymat : la mère ne consent ni à la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance ni à leur adoption[735]. Ils ne doivent donc pas être remis en cause par la nullité de la décision d'accoucher sous X. En ce cas, l'obstacle à la recherche de sa filiation par l'enfant est levé au titre de la décision d'accoucher sous X, mais un autre obstacle au titre de l'adoption est mis en place.

[735] *Cf. supra*. Elle consent seulement à faire courir le délai de deux mois au terme duquel l'enfant est adoptable.

511. La nullité de la décision d'accoucher sous X est également difficilement conciliable avec la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance, qui à l'expiration d'un délai de deux mois rend irrévocable la décision maternelle et autorise l'adoption de l'enfant. L'annulation du consentement à l'anonymat met également fin à cette interdiction faite à la femme d'établir sa filiation avec l'enfant. Mais la portée de cette annulation est modérée sur deux points.

512. D'une part la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance ne peut être annulée car à ce moment, l'enfant était bien de filiation inconnue. L'enfant n'est donc pas automatiquement restituée à la parturiente. La caractérisation de l'incapacité naturelle ne prête pas ici à conséquence, dans la mesure où le consentement de la mère biologique n'est pas nécessaire à la remise[736].

513. Il en ira différemment lorsque le consentement annulé était exprimé spécifiquement pour la remise à l'aide sociale à l'enfance, c'est-à-dire lorsque cette remise a été effectuée par le ou les parents sur le fondement de l'article L. 224-4-2e du Code de l'action sociale et des familles. La nullité de cette forme d'abandon permet la restitution de l'enfant tant qu'il n'a pas été adopté : cette restitution n'est pas la remise en cause de la procédure préparatoire à l'adoption, mais la conséquence de la nullité de l'acte d'abandon[737].

514. D'autre part dans le cadre de l'accouchement sous X, l'adoption prononcée de l'enfant, qui n'est pas un effet du consentement à l'anonymat, ne peut être annulée avec la remise en cause de ce consentement. Elle est irrévocable et ne permet donc pas à la mère biologique d'établir sa filiation.

515. Un problème se rencontre cependant quant au délai de deux mois permettant à l'enfant de revêtir la qualité de pupille de l'état et donc d'être placé en vue de son adoption[738], délai qui fait obstacle à toute déclaration de filiation ou reconnaissance et donc à toute restitution à sa famille d'origine[739]. Condition de fond de l'obstacle à l'établissement de la filiation, ce délai s'analyse comme un délai de prescription extinctive, qui aurait pour effet à son échéance de rendre irrecevable toute action en établissement de filiation au motif que la

[736] *Cf. supra* Cass. 1re civ. 6 avril 2004, préc., et Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, préc.
[737] Voir en ce sens CA Riom, 12 janvier 1981 : Juris-Data 042812.
[738] Article L. 222-4 du Code de l'action sociale et des familles.
[739] Article 352 du Code civil.

mère n'ayant pas tenté d'établir sa filiation durant cette période, il est à supposer qu'elle ne le fera pas par la suite. Il convient alors d'appliquer l'article 2252 du Code civil, aux termes duquel « la prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs sous tutelle, sauf ce qui est dit à l'article 2278 et à l'exception des autres cas déterminés par la loi ». Dans cette hypothèse, l'enfant ne pourrait pas être placé en vue de son adoption tant que la parturiente ayant accouché sous X serait mineure ou majeure sous tutelle, dans la mesure où il ne pourrait pas bénéficier de l'échéance de deux mois. A l'évidence, une telle solution doit être rejetée. Suspendre ce délai pour la femme mineure ou majeure sous tutelle est en contradiction avec le principe de l'indifférence à leur incapacité civile et avec l'information dont elles ont fait l'objet comme toute autre parturiente. La possibilité de reprendre l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance s'analyse comme un droit de rétractation, réservé à celui qui l'a confié à ce service, c'est-à-dire ici à la parturiente. Pour obtenir cette restitution, elle doit reconnaître l'enfant, ce que son incapacité civile ne l'empêche pas de faire. Ainsi, présumée capable d'accoucher sous X, toute femme doit également être présumée capable de se rétracter dans le délai de deux mois et d'établir sa filiation avec l'enfant pour se le voir restituer[740]. L'hypothèse particulière dans laquelle la femme établit qu'elle n'était pas en mesure d'exprimer sa volonté afin de se rétracter est envisagée par l'alinéa 3 de l'article L. 224-6 du Code de l'action sociale et des familles, qui permet, sous réserve de l'absence de placement de l'enfant en vue de son adoption, de restituer l'enfant à la mère biologique, sur décision du tuteur avec l'accord du conseil de famille, ou à défaut sur décision du tribunal de grande instance.

516. Ainsi, l'annulation du consentement à l'anonymat ne permet pas toujours l'établissement de la filiation. L'intérêt de l'enfant est parfois présumé lui être opposé. Cette difficulté à mettre en œuvre la nullité conduit alors à s'interroger sur la réponse à donner à l'hypothèse dans laquelle la parturiente est hors d'état de manifester sa volonté. En d'autres termes, *de lege ferenda*, il s'agit de savoir s'il est possible de faire jouer l'incapacité naturelle non pas pour annuler le consentement donné à l'accouchement sous X, mais pour y faire obstacle.

[740] Pour un exemple où le juge des tutelles a autorisé la mère incapable à reconnaître l'enfant plus de trois ans après son placement en vue de l'adoption, voir CE, 11 juillet 1988, concl. J. de Clausade, *RD sanit. soc.* 1990, p. 201.

2. De lege ferenda, *la finalité préventive de l'incapacité naturelle*

517. En principe, la nature éminemment personnelle de la décision d'accoucher sous X fait obstacle à la mise en place d'une présomption d'impossibilité à consentir. L'intéressée est la seule à pouvoir consentir. Aucune représentation n'est possible[741].

518. Cependant, lorsque la femme est hors d'état de manifester sa volonté, au point qu'elle n'est en mesure ni d'établir ni de refuser d'établir sa filiation avec l'enfant, et qu'aucun autre parent ne s'est fait connaître, l'intérêt de l'enfant peut parfois résider dans un accès rapide à la qualité de pupille de l'état pour intégrer une nouvelle famille. En d'autres termes, si la parturiente ne peut ni reconnaître l'enfant, ni se comporter comme sa mère, ni refuser expressément d'établir un lien de droit avec lui, il convient de s'interroger sur la décision à prendre quant à la filiation de l'enfant. Aux termes de l'article 7 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990, son intérêt semble être de connaître l'identité de sa mère biologique. La décision d'accoucher sous X ne peut en aucun cas être prise en représentation : l'appréciation préventive de l'impossibilité à consentir à l'anonymat ne peut *de lege lata* être juridiquement fondée. C'est pourquoi, lorsque la femme est hors d'état de manifester sa volonté, d'autres techniques, telle la déclaration judiciaire d'abandon, plus longue à mettre en œuvre et donc permettant de s'assurer de la réalité de l'impossibilité d'exprimer une volonté consciente, autrement dit d'exclure l'éventualité d'un trouble occasionnel, sont envisageables afin de rendre l'enfant adoptable. De même, la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance prévue aux termes de l'article L. 224-4-2^{e} du Code de l'action sociale et des familles par les personnes ayant qualité pour consentir à son adoption, peut être effectuée par le conseil de famille en vertu de l'article 348-2 du Code civil lorsque les parents sont hors d'état de manifester leur volonté.

519. Une importante difficulté pratique se présente cependant. Il est en effet nécessaire de déterminer qui est compétent pour s'assurer de la possibilité de la parturiente de consentir à l'accouchement sous X et de s'interroger sur la finalité préventive que l'incapacité naturelle semble alors poursuivre.

[741] *Cf. supra* § 497.

520. Le personnel médical est le mieux à même de connaître l'aptitude de l'intéressée à consentir à son anonymat. C'est en effet auprès de ses membres que la parturiente doit manifester sa volonté d'accoucher sous X. Si l'hypothèse dans laquelle elle est dans l'impossibilité d'exprimer toute volonté ne pose pas de difficulté d'appréciation, il en est différemment de la situation dans laquelle une volonté est exprimée mais ne paraît pas suffisamment consciente. En d'autres termes, il paraît délicat de confier au personnel médical le soin de s'assurer du respect des conditions de formation d'un acte juridique. *De lege lata*, ils n'ont pas le pouvoir de refuser le consentement pour ce motif, au risque de confondre incapacité naturelle et incapacité de droit. A ce stade en effet, en l'absence de caractérisation par le juge de l'absence de volonté consciente, la nullité du consentement n'est pas certaine. Ils ne peuvent donc pas refuser de tenir compte de la volonté de la parturiente, même si elle ne paraît pas consciente de la portée de son acte. Ils ne peuvent même pas saisir le juge pour l'informer de l'absence de consentement à cet acte juridique, la nullité pour incapacité naturelle étant une nullité de protection à la seule initiative de l'intéressée, de son tuteur ou de son curateur.

521. D*e lege lata*, l'incapacité naturelle ne peut donc jouer qu'*a posteriori*. *De lege ferenda*, il serait pourtant de l'intérêt de la mère hors d'état de manifester une volonté consciente, comme de l'enfant, de donner au personnel médical la possibilité de saisir le juge lorsqu'il doute de l'aptitude de la parturiente à décider seule d'accoucher sous X. Détachée du régime de la nullité, une telle solution aurait pour effet de faire jouer un rôle préventif à l'incapacité naturelle, sans toutefois la confondre avec l'incapacité de droit. En d'autres termes, la preuve de l'impossibilité à exprimer une volonté consciente permettrait d'un côté d'obtenir la nullité du consentement donné à l'anonymat, et d'un autre côté pourrait faire obstacle à l'expression même de ce consentement si la preuve en est rapportée. Dans ces conditions, le personnel médical, sur l'autorisation du juge, pourrait alors refuser l'anonymat à la femme hors d'état de manifester sa volonté. Cette solution répondrait au souci de protection de la parturiente en ce qu'elle aurait pour effet de ne pas rendre impossible l'établissement de la filiation dans le délai de deux mois, et permettrait à l'enfant même adopté de connaître l'identité de sa mère biologique, tout en autorisant son adoption si sa filiation n'est pas établie.

522. Ainsi, la capacité naturelle parait être exigée pour décider de l'accouchement sous X. *De lege ferenda*, son absence pourrait même constituer un obstacle à la réalisation de l'acte.

523. Cette prise en compte de la capacité naturelle en lieu et place de la capacité civile pour faire obstacle à l'établissement de la filiation se retrouve également dans certaines actions par lesquelles l'individu souhaite revenir sur une filiation déjà établie.

§ 2. La remise en cause de la filiation

524. L'établissement de la filiation n'est pas forcément irrévocable. A lui seul, le titre d'enfant n'est pas suffisant pour empêcher toute contestation de la filiation. Ainsi, le lien de filiation établi avec l'enfant peut être anéanti. Cette négation de la filiation peut s'exprimer à travers l'exercice d'une action en contestation de la maternité ou de la paternité (A), ou avoir directement pour finalité de rendre l'enfant adoptable, par l'exercice d'une action en déclaration judiciaire d'abandon ou par l'expression d'un consentement à l'adoption de l'enfant (B).

A) La contestation de la filiation

525. L'ordonnance du 4 juillet 2005 apporte une simplification attendue des actions en contestation de la filiation par les père et mère. Désormais, l'article 332 nouveau du Code civil pose le principe selon lequel « la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant » et « la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ». Les délais pour agir font également l'objet d'une unification. Aux termes de l'article 333 nouveau du Code civil, « lorsque la possession d'état est conforme au titre, 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. Nul ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ». L'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 met donc fin aux multiples actions en contestation d'état. Il apparaît cependant

toujours nécessaire de distinguer les effets, sur l'action en contestation de la filiation intentée par les père et mère, de l'incapacité civile (1) et de l'incapacité naturelle (2).

1. Les effets de l'incapacité civile

526. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, les effets de l'incapacité civile étaient principalement étudiés relativement aux actions en désaveu et en contestation de reconnaissance, c'est-à-dire relativement aux actions en contestation de la filiation paternelle. Certaines solutions alors apportées doivent être rappelées, dans la mesure où la présomption de paternité survit à la disparition des filiations légitime et naturelle et où il faut continuer à distinguer l'établissement de la filiation par présomption et par reconnaissance. Certes, l'ordonnance du 4 juillet 2005 ne prévoit plus que trois actions en contestation : celle de la filiation résultant de la constatation de la possession d'état, celle de la filiation maternelle et celle de la filiation paternelle. Le fait que les parents soient ou non mariés ne modifient plus les règles applicables. Toutefois, apporter la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant ou que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père revient à contester l'établissement établi en amont par l'effet de la loi ou par reconnaissance. Le raisonnement tenu par la jurisprudence et la doctrine pour déterminer les effets de l'incapacité civile sur l'action en désaveu, remettant en cause une filiation établie par l'effet de la loi, et sur l'action en contestation de reconnaissance, devrait donc être transposé dans le nouveau régime applicable au 1er juillet 2006.

527. C'est à travers l'action en désaveu que les effets de l'incapacité civile de l'intéressé sont les plus marqués. Aux termes de l'ancien article 312 du Code civil[742], le père peut faire tomber la présomption de paternité légitime qui a eu pour effet d'établir sa filiation avec l'enfant, en rapportant la preuve « de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père ». Son action conduit à ce que l'enfant ait seulement une filiation maternelle naturelle. L'hypothèse dans laquelle le mari est civilement incapable ne concerne que le majeur sous tutelle ou curatelle. En effet, il s'agit ici de la remise en cause d'une filiation légitime, donc le mari qui par exception a été autorisé à se marier avant l'âge de 18 ans[743] a été émancipé par le

[742] En réalité, il faut distinguer selon le type de désaveu. Il apparaît en effet que le désaveu en défense relève des solutions retenues en matière de réclamation d'état, c'est-à-dire lorsque le père incapable est défendeur.
[743] Sur le fondement de l'article 145 du Code civil.

mariage[744] et n'est plus civilement incapable. Il peut sans difficulté agir seul en désaveu. En l'absence de disposition législative expresse, les effets de l'incapacité civile du père en matière de désaveu, autrement dit les effets de son placement sous tutelle ou curatelle, ont été posés par la jurisprudence et la doctrine.

528. Avant la réforme de 1968, la jurisprudence[745] et une partie de la doctrine[746] se sont prononcées en faveur de la mise en œuvre du régime de protection. Dans cette hypothèse, le tuteur peut agir en désaveu au nom du majeur protégé. Cette solution était alors justifiée par le risque de dépérissement des preuves en cas de longue altération des facultés mentales. Cependant, une autre partie de la doctrine s'était prononcée contre la mise en œuvre du régime de protection pour agir en désaveu, « en raison des considérations d'ordre intime que la mise en jeu de cette action suppose, et dont nul autre que le mari lui-même n'est juge » [747]. Le père, même incapable, est alors le seul à pouvoir exercer l'action en désaveu.

529. Les lois de 1968 et de 1972 n'ont pas réglé la difficulté. De ce silence, la doctrine majoritaire[748] déduit la nécessité d'appliquer le régime de droit commun de l'article 464 al. 3 du Code civil. Comme pour toute action extra-patrimoniale, le tuteur peut donc agir en désaveu s'il est autorisé par le conseil de famille[749]. Le majeur sous curatelle peut quant à lui agir en désaveu, mais avec l'assistance de son curateur[750]. Il est cependant possible de donner au majeur sous tutelle ou sous curatelle la capacité d'agir seul en désaveu, sur le fondement des articles 501 et 511 du Code civil[751]. Le caractère éminemment personnel de l'acte ne suffit pas à permettre à l'incapable d'agir seul, dans la mesure où il s'agit d'exercer une action contentieuse.

---

[744] Article 476 du Code civil.
[745] Cass. 24 juillet 1844 : *DP* 1844, 1, 424 ; *S.* 1844, 1, p. 626 ; CA Caen, 14 décembre 1876 : *DP* 1877, 2, p. 146 ; CA Toulouse, 20 juin 1945 : *D.* 1946, p. 275, note A. C. ; *RTD civ.* 1946, n° 2, p. 305, obs. G. Lagarde
[746] G. Demolombe, *Cours de Code napoléon*, vol. 5, *op. cit.*, n° 116 s ; C. Beudant, T. 3 par R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière et A. Breton, *op. cit.*, n° 1031.
[747] M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. 2 par A. Rouast, *op. cit.*, n° 786 ; Voir aussi C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, T. 9 par P. Esmein, *op. cit.*, § 545 bis ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 1, 11e éd. par L. Julliot de la Morandière, *op. cit.*, n° 556 ; F. Laurent, *Principe de droit civil français*, T. 3, *op. cit.* n° 436.
[748] Voir notamment, J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 473, p. 1004 ; F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2005, n° 812 et note 2 p. 749 ; A. Raison, *op. cit.*, n° 976-4 ; J.-M. Plazy, *op. cit.*, n° 421.
[749] Article 464 al. 3 et 495 du Code civil.
[750] Article 510 du Code civil.
[751] En ce sens notamment, J. Hauser et D. Huet-Weiller, T. 1, *op. cit.*, n° 642.

530. Cette mise en œuvre du régime de protection est cependant parfois critiquable. Tel est le cas lorsqu'elle ne tient pas compte de la volonté du mari incapable, ni même de ses sentiments[752]. Un auteur affirme même que le mari incapable « ne peut empêcher un désaveu exercé contre sa volonté si le tuteur et le conseil de famille y sont favorables »[753]. Cette solution ne peut être retenue. Elle est contraire au caractère attitré de l'action en désaveu. Si la représentation du majeur sous tutelle et l'assistance du majeur sous curatelle sont possibles dans certains cas, il ne doit pas être permis de contester une filiation qu'ils acceptent, au risque de porter atteinte à la capacité qui leur est reconnue pour établir leur filiation. En d'autres termes, dès lors que la présomption *pater is est,* comme la reconnaissance, ne relèvent pas de l'incapacité civile de l'intéressé, il ne faut pas vider ces modes d'établissement de la filiation de toute portée en permettant aux organes de protection de les contester contre la volonté de l'individu.

531. Toutefois, si ce dernier argument ne peut être remis en cause pour la contestation de reconnaissance, il est plus discutable pour l'action en désaveu. En effet, la reconnaissance est par exception détachée de la condition de capacité civile, malgré sa classification dans les actes juridiques, au regard de sa nature éminemment personnelle et de son aspect « aveu ». Tel n'est pas le cas de la présomption de paternité légitime, qui ne relève pas de la condition de capacité civile pour un autre motif : la volonté n'intervient pas dans sa mise en œuvre, qui n'est que le résultat d'un impératif posé par la loi[754]. Ainsi, la contestation de reconnaissance ne peut pas être effectuée par représentation contre la volonté de l'intéressé, au risque de contredire la capacité reconnue à titre exceptionnel aux mineurs et majeurs sous tutelle ou curatelle pour reconnaître seul. Capable de reconnaître, le mineur ou le majeur civilement incapable doit également être capable de contester cette reconnaissance[755]. A l'inverse, mettre en œuvre le régime des incapacités en matière de désaveu n'est pas en contradiction avec la solution retenue pour l'établissement de cette filiation : aucune capacité n'est reconnue à titre

[752] J.-M. Plazy, *op. cit.*, n° 421, se demande même si « aucune capacité de pardon ne lui serait reconnue ? ».
[753] P. Guiho, « Filiation légitime ; Désaveu et contestation de paternité », *J-Cl. civ.*, Art. 312 à 318-2, Fasc. 20, 2002, n° 21.
[754] *Cf. supra* § 399 s.
[755] Voir cependant V. Doumeng, thèse préc., n° 1042, pour qui la contestation de reconnaissance doit être effectuée par le majeur sous curatelle avec l'assistance de son curateur et pour le majeur sous tutelle par représentation de son tuteur autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles sur le fondement de l'article 464 al. 3 du Code civil. L'auteur opère pourtant une distinction entre la contestation de l'aspect aveu et de l'aspect acte juridique de la reconnaissance (sur cette distinction, voir J. Hauser et D. Huet-Weiller, *op. cit.*, n° 747), mais pour en déduire dans le second cas l'existence d'une présomption simple d'insanité d'esprit du majeur sous tutelle au moment de la reconnaissance, ce qui réduit sensiblement la capacité de ce majeur à reconnaître.

exceptionnel à l'incapable dans la mesure où la capacité n'en est pas une condition. Par suite, la représentation contraire à sa volonté ne contredit pas une capacité qui lui aurait été exceptionnellement octroyée.

532. La nécessité de respecter la volonté de l'incapable en matière de désaveu tient à une autre raison. L'établissement comme la contestation de la filiation, qu'il soit contentieux ou non, est un acte éminemment personnel. Même civilement incapable, le mari de la mère est le mieux à même de savoir s'il peut réellement être le père, et dans l'hypothèse où tel n'est pas le cas, décider d'accepter cependant les enfants comme les siens. Il ne peut ainsi être envisageable de décider de désavouer l'enfant contre la volonté du mari. La représentation mise en place au titre de l'incapacité civile ne peut aller jusque là, car en ce cas elle ne défend plus les intérêts de l'individu. Ainsi, l'incapacité civile du mari ne permet pas de présumer de son impossibilité à exprimer un consentement ou un refus conscient à l'action en désaveu. Il ne faut pas cependant exclure la mise en œuvre des régimes civils de protection. S'agissant d'une action en justice, l'expression de la volonté devant le juge nécessite un certain formalisme.

533. La transposition de ces solutions au nouveau régime mis en place par l'ordonnance du 4 juillet 2005 conduit à ne pas autoriser la représentation du père ou de la mère incapable pour contester sa filiation, que celle-ci ait été établie par l'effet de la loi, par reconnaissance ou même par possession d'état. Le parent incapable est seul titulaire du droit d'agir mais son régime de protection doit être mis en œuvre pour l'exercice de l'action. En d'autres termes, il doit toujours consentir à l'action en contestation de sa filiation, quelle que soit la façon dont la filiation a été établie. Cette solution est d'ailleurs confortée par l'uniformisation des actions en contestation souhaitée par le législateur. Elle l'est surtout en cas d'existence d'une possession d'état, par laquelle les père et mère expriment leur volonté en se comportant comme tels : donner en ce cas la possibilité au tuteur de représenter l'incapable pour exercer une action en contestation sans son consentement reviendrait à donner au représentant légal le pouvoir d'aller à l'encontre de la volonté que l'incapable exprime en se comportant comme le parent de l'enfant.

534. En application de l'ordonnance du 4 juillet 2005, comme auparavant en matière de désaveu notamment, l'incapacité civile joue aussi relativement au délai pour agir. Dans le nouveau régime, les actions relatives à la filiation se prescrivent en principe 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, et ce délai est suspendu à l'égard de l'enfant pendant sa minorité[756]. Par exception, l'action en contestation de la filiation se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé et aucune action en contestation ne peut plus être intentée lorsqu'une possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans. Or, en application de l'article 2252 du Code civil, les délais de prescription ne courent pas contre l'incapable majeur sous tutelle. Dans ce cas, les restrictions apportées à la possibilité pour le majeur sous tutelle d'agir en contestation de sa filiation sont ainsi justifiées. A la fin de la tutelle si l'état de ses facultés s'améliore, l'incapable pourra agir par lui-même si aucune action en contestation de filiation n'a été intentée pendant qu'il était incapable. Les délais de prescription courent cependant envers le tuteur qui souhaite agir en représentation[757].

535. Ainsi, si l'incapacité civile est mise en œuvre en matière d'action en contestation de la filiation, elle ne peut permettre de porter atteinte à la volonté exprimée de l'intéressé. A l'inverse, l'incapacité naturelle de l'individu peut conduire les représentants légaux à agir sans faire appel à sa volonté.

2. Les effets de l'incapacité naturelle

536. Si l'impossibilité de manifester une volonté consciente n'est pas présumée en matière d'action en contestation de la filiation, la preuve peut en être rapportée. Il convient donc d'étudier les conséquences de l'impossibilité pour l'incapable d'exprimer un consentement ou un refus conscient à l'action. A nouveau et pour les mêmes raisons développées à propos des effets de l'incapacité civile, certaines solutions retenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 doivent être rappelées dans la mesure où elles devraient être transposées au nouveau régime.

537. Il convient tout d'abord de faire état de l'effet de l'incapacité naturelle sur le délai pour agir. En matière de désaveu, il est possible de raisonner par analogie avec l'article 316 al. 2 ancien du Code civil qui suspend le délai lorsque le mari n'est pas physiquement sur les

[756] Article 321 nouveau du Code civil.
[757] En ce sens voir auparavant à propos de l'action en désaveu, V. Doumeng, thèse préc., n° 1044, qui critique sur ce point la solution de la Cour d'appel de Toulouse du 20 juin 1945, *D.* 1946, p. 275, note A.-C., ayant admis que « le tuteur, agissant aux lieu et place de l'interdit, doit avoir le même bénéfice de la suspension des délais que l'interdit ».

lieux, le point de départ étant alors fixé à son retour. Dans cette hypothèse, sans même faire référence au régime des incapacités civiles, le délai serait suspendu jusqu'à ce que le mari retrouve ses facultés intellectuelles. En ce sens, la Cour d'appel de Toulouse, le 20 juin 1945[758], a décidé à l'égard d'un homme dont « l'état d'aliénation mentale » était déjà notoire à l'époque de la naissance de l'enfant mais qui n'était pas civilement incapable à ce moment, que le délai était suspendu car la loi n'avait entendu « faire courir les délais que du jour où le mari a dû ou pu avoir connaissance de la naissance de l'enfant ». Cette suspension s'apparente donc à celle de l'article 2252 du Code civil, mais a un domaine d'application plus large : elle peut bénéficier à tout individu hors d'état de manifester sa volonté, donc y compris au majeur sous curatelle et non seulement au majeur sous tutelle. Le mari qui ne peut exprimer une volonté consciente est ainsi protégé. La transposition de cette solution aux actions en contestation de la filiation prévue par l'ordonnance du 4 juillet 2005, revient alors à ne pas faire courir les délais de prescription de cinq ou dix ans envers toute personne hors d'état de manifester sa volonté, qu'elle soit mineure ou sous tutelle ou curatelle.

538. Cette possibilité de suspendre le délai tient à ce que la décision d'agir en contestation ne peut être prise en représentation du parent concerné. Mais la possibilité de consentir ne lui est reconnue que sous la condition qu'il soit en état de manifester sa volonté. Par suite, se pose le problème de savoir comment respecter sa volonté s'il est dans l'impossibilité de l'exprimer. Dans une telle hypothèse, deux argumentations peuvent être soutenues.

539. Il est possible de refuser aux représentants légaux la possibilité d'agir en contestation de la filiation lorsque le parent concerné ne peut ni donner son consentement ni refuser l'action. L'impossibilité dans laquelle se trouve l'intéressé d'exprimer sa volonté ne met en effet pas fin au caractère personnel de l'action, et la procédure risque d'être engagée contrairement aux souhaits de l'incapable. De plus, la suspension de la prescription prévue par l'article 2252 ou tirée de la transposition de la solution retenue en matière de désaveu, limite les effets de la prohibition de la représentation. De même, l'intérêt de l'enfant à voir établie sa véritable filiation est respecté : dans l'hypothèse où la filiation avec l'incapable ne correspond pas à la vérité biologique, il est toujours possible à l'autre parent, au parent

[758] CA Toulouse, 20 juin 1945 : *D.* 1946, 275, note A.-C.

véritable, à l'enfant ou même à tout intéressé en l'absence de possession d'état conforme, de contester la filiation.

540. Pour autant, s'il faut admettre l'impossibilité pour le tuteur d'agir en désaveu lorsque l'incapable en a exprimé le refus conscient, il n'est pas toujours justifié de l'empêcher d'agir en représentation lorsque aucune volonté contraire consciente n'a pu être exprimée. Il est ici nécessaire de distinguer selon que la filiation qui fait l'objet de la contestation a été établie par possession d'état, par reconnaissance ou par l'effet de la loi. Dans les deux premiers cas, l'incapacité naturelle constatée ne suffit pas à autoriser la représentation de l'incapable pour agir en contestation de sa filiation, dès lors que l'établissement de celle-ci repose sur un comportement ou un acte de volonté de sa part. Une action en annulation de la reconnaissance pour insanité d'esprit au moment de la reconnaissance peut en revanche être intentée sur le fondement de l'article 489 du Code civil[759]. Mais dans le troisième cas, il n'y a pas atteinte à la capacité reconnue à l'incapable quant à l'établissement de sa filiation avec l'enfant, puisque aucune capacité n'est utile à l'établissement de la filiation par l'effet de la loi. Ainsi, dans l'hypothèse où l'incapable ne peut exprimer une volonté ou un refus conscient à l'action en contestation, il est tout de même possible de le représenter pour régler rapidement et avec certitude la difficulté relative à sa filiation avec l'enfant lorsque celle-ci ne repose plus que sur l'effet de la loi, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas ou plus de possession d'état conforme. Là où l'incapacité civile ne suffit pas à donner lieu à représentation au motif du caractère éminemment personnel de l'action, la caractérisation de son incapacité naturelle permet d'agir à la place du père ou de la mère : l'intéressé n'a jamais exprimé aucune volonté et il est toujours hors d'état de le faire. Cette représentation ne peut alors qu'être assurée par les organes de protection de l'incapable : il sera représenté à la procédure par ses père et mère ou par son tuteur autorisé par le conseil de famille[760]. Le curateur ne pourra que solliciter le renforcement de la mesure afin de pouvoir agir en représentation.

541. Cette conséquence de l'incapacité naturelle, qui renforce les pouvoirs des représentants légaux, pose la difficulté de savoir comment opérer la vérification de la situation. En d'autres termes, il faut déterminer qui doit constater l'impossibilité pour l'incapable d'exprimer une volonté consciente. S'agissant d'une action en justice, le juge saisi, en l'occurrence le juge aux affaires familiales, semble le mieux à même d'opérer cette

[759] *Cf. supra*.
[760] *Cf.* supra § 474.

vérification. Au regard du caractère éminemment personnel de l'acte, l'incapacité civile ne saurait valoir présomption d'incapacité naturelle. Ainsi, la preuve de l'impossibilité pour un majeur sous tutelle d'exprimer un consentement ou un refus conscient à l'action en contestation doit toujours être rapportée, afin de permettre au tuteur d'agir en représentation dans l'intérêt de son pupille. L'existence d'un régime civil de protection ne permet que de présumer de l'impossibilité pour l'intéressé d'ester en justice, non de son impossibilité à consentir ou à refuser l'action en contestation de sa filiation avec l'enfant. Il faut rapporter la preuve de son incapacité naturelle pour assurer la protection de l'incapable civil, en autorisant la représentation quant à l'action en contestation.

542. Ainsi, l'incapacité civile comme l'incapacité naturelle du parent jouent en matière d'actions en contestation de la filiation. A l'inverse, la remise en cause du lien de filiation ayant pour effet de rendre l'enfant adoptable ne fait jamais jouer le régime de l'incapacité civile du ou des parents, et seules certaines actions prennent en compte l'incapacité naturelle.

B) Les actions de remise en cause de la filiation visant à rendre l'enfant adoptable

543. Le lien de filiation peut être remis en cause par une décision du juge suite à un comportement des parents, ce qui a pour effet de rendre l'enfant adoptable. Il s'agit de la déclaration judiciaire d'abandon prévue par l'article 350 du Code civil (1). La démarche peut aussi émaner des parents eux-mêmes, par l'expression d'un consentement à l'adoption (2).

1. La déclaration judiciaire d'abandon

544. Le juge peut être amené à déduire du comportement des parents leur volonté de nier le lien de filiation. En effet, aux termes de l'article 350 du Code civil, le tribunal de grande instance peut déclarer judiciairement abandonné « 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 ». Cette décision a pour effet de rendre l'enfant adoptable[761]. Il apparaît

[761] Article 347-3e du Code civil.

alors que si les incapacités civile et naturelle sont sans effet en ce domaine (a), la volonté du ou des parents joue un rôle essentiel (b).

a) L'absence d'effet des incapacités civile et naturelle

545. Pour pouvoir déclarer l'enfant judiciairement abandonné, le tribunal doit constater un désintérêt manifeste de la part des parents envers l'enfant, et ce durant au moins un an avant l'introduction de la demande. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 350 du Code civil, « 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 ». Autrement dit, une situation de désintérêt peut être caractérisée si « les signes objectifs d'intérêt qui auraient dû être prodigués n'ont pas été constatés »[762]. Des relations épisodiques ne sauraient suffire[763]. Les marques d'intérêt doivent correspondre à celles que doit donner un parent à un enfant[764].

546. Ces marques d'intérêt dont le défaut doit être rapporté ne s'analysent pas comme des actes de l'autorité parentale. Il est possible pour un parent de marquer son intérêt envers son enfant même si l'autorité parentale lui a été retirée. La jurisprudence énonce également que l'article 350 du Code civil n'exclut pas de son champ d'application les mineurs faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative[765].

547. Ainsi, le désintérêt n'est pas une manifestation de volonté ayant pour objet de produire des effets de droit. Le comportement des parents à l'origine de la saisine du juge n'est pas un acte juridique, mais un fait juridique. Cependant, certains auteurs ont autrefois qualifié d'acte juridique l'abandon de l'enfant, affirmant que « si l'abandon s'analyse souvent comme un état de fait, il est parfois une manifestation de volonté, un véritable acte juridique »[766]. Une telle conception, antérieure à la loi du 11 juillet 1966 portant création de l'article 350 du Code civil, concernait en réalité essentiellement la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance en vue de son adoption. Aujourd'hui, l'absence de marque d'intérêt envers l'enfant ne suffit pas à caractériser un acte juridique d'abandon. Dans le système envisagé par

[762] C. Allaer, « L'enfant oublié », *JCP* G 1975, I, 2735, n° 11.
[763] Voir par exemple pour l'envoi d'une carte postale : Cass. 1re civ., 6 mars 1985 : *Bull. civ.* I, n° 88 ; *Defrénois* 1986, art. 33690, n° 6, p. 328, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1986, n° 2, p. 730, obs. J. Rubellin-Devichi.
[764] En ce sens, voir C. Allaer, art. préc., n° 12.
[765] Cass. 1re civ., 18 décembre 1978 : *Bull. civ.* I, n° 392 ; *RD sanit. soc.* 1979, n° 3, p. 580, obs. P. Raynaud.
[766] J. Stoufflet, « L'abandon d'enfants », *RTD civ.* 1959, p. 630, n° 6.

l'article 350 du Code civil, les parents ne consentent pas à l'adoption de leur enfant. Seul leur comportement est pris en considération, sans qu'il soit nécessaire de déterminer s'ils en recherchaient les effets de droit. Ainsi, le désintérêt est un fait juridique, ou plutôt une absence du fait juridique que sont les marques d'intérêt qu'un parent est censé prodiguer à son enfant. Par suite, la capacité n'est pas une condition de sa réalisation. Tout individu, même incapable, peut marquer son désintérêt envers son enfant, puisque l'incapacité n'empêche pas la réalisation de fait juridique.

548. Les incapacités civile et naturelle ne jouent donc pas. L'absence de mise en œuvre du régime de protection en la matière a même conduit la Cour d'appel de Nancy, le 25 mai 1998, a recevoir l'appel contre un jugement en déclaration d'abandon interjeté par un majeur sous tutelle seul, au motif que la tutelle est une mesure de protection « dont le seul objectif légitime est de faire triompher la volonté du majeur lui-même si elle est sans danger ; si la technique de protection privilégie la représentation ou l'autorisation, elle ne peut servir à interdire à l'incapable lui-même un acte ayant pour finalité la reconnaissance de ses droits fondamentaux »[767]. Une telle solution, adoptée en l'espèce dans l'intérêt de l'incapable, consacre cependant en réalité le droit de l'incapable à établir sa filiation et non celui de faire déclarer judiciairement abandonné son enfant sans assistance ni représentation. De plus, cette solution paraît contraire au principe des actions en justice extra-patrimoniales qu'il convient d'appliquer ici : le régime de protection des incapables doit être mis en oeuvre pour les actions en contestation de la décision du juge[768].

549. Le régime de protection n'empêche pas l'incapable de se désintéresser de son enfant et par suite ne constitue pas un obstacle à une déclaration judiciaire d'abandon, sans qu'il soit nécessaire que le ou les parents incapables l'aient souhaitée. Aucune assistance ou représentation, ni aucune nullité pour incapacité, n'est possible relativement au comportement de désintérêt. Cette possibilité de mise en œuvre de l'article 350 indépendamment de l'incapacité du ou des parents se vérifie à travers certaines conditions nécessaires à la caractérisation du désintérêt manifeste.

---

[767] Nancy, 3e ch. civ., 25 mai 1998 : Juris-Data n° 1998-046473.

[768] En ce sens, voir Lyon, 2e ch. civ., 26 mars 2002 : Juris-Data n° 2002-197344, qui exige que le mari sous curatelle soit assisté de son curateur pour contester le jugement en déclaration d'abandon. Voir également CA Montpellier, 5e ch. civ., sect. A, 30 juillet 2003 : *Dr. famille* juill-août 2004, comm. n° 131, note Th. Fossier, qui déclare nul le jugement prononçant l'abandon de l'enfant au motif que le curateur n'a pas été mis en cause en première instance et que le jugement ne lui a pas été notifié.

550. Tout d'abord, aux termes de l'ancien article 350 al. 1 du Code civil, le désintérêt ne pouvait pas être constaté en cas de grande détresse des parents. Or cette situation de grande détresse peut correspondre à celle dans laquelle se trouve un incapable. En effet, le placement sous un régime civil d'incapacité des majeurs est aujourd'hui parfois détourné de sa finalité première, et vise à répondre à des difficultés sociales. Le critère légal d'altération des facultés de l'intéressé s'est affaibli au profit de critères tenant à sa situation sociale, conduisant à protéger des individus marginalisés ou des surendettés[769]. De même et plus généralement, toute incapacité répond à un souci de protection des plus faibles, dans une situation de précarité psychologique qui se retrouve souvent dans leur situation matérielle[770]. Cette fragilité de l'incapable née de l'altération de ses facultés, peut alors correspondre à la notion de grande détresse. Mais cette coïncidence ne saurait être systématique. L'incapacité n'est pas la cause de la grande détresse, mais c'est à l'inverse la cause de l'incapacité qui peut révéler une telle situation. Il n'est donc pas possible d'établir un lien de cause à effet direct entre l'incapacité et la grande détresse. Surtout, l'exception de grande détresse des parents de naissance a disparu de l'article 350 à l'occasion de la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption. Désormais, l'enfant peut être déclaré abandonné quelles que soient les difficultés des père et mère. Le fait d'être incapable n'est ni en soi, ni pour ses causes, un obstacle à la caractérisation d'un désintérêt manifeste.

551. Ensuite, aux termes de l'article 350 al. 1 du Code civil, les parents doivent s'être manifestement désintéressés de l'enfant pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon. Les parents dont l'enfant a été recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance doivent donc marquer leur intérêt envers l'enfant, au risque à défaut de le voir déclarer judiciairement abandonné au bout d'un an. Or ce délai d'un an peut *a priori* s'analyser comme un délai de prescription, à l'échéance duquel les parents peuvent perdre le lien de filiation avec l'enfant. Et aux termes de l'article 2252 du Code civil, la prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle. Dans ces conditions, l'enfant d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle ne pourrait pas être déclaré judiciairement abandonné, le délai d'un an ne courant pas contre ses parents incapables. Une telle solution ne peut cependant être retenue. Il ne s'agit pas d'un

[769] Voir le rapport d'enquête sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs réalisé par l'inspection générale des finances, l'inspection générale des services judiciaires et l'inspection générale des affaires sociales, 24 novembre 1998.
[770] En ce sens, voir M. Gourevitch, « La protection des majeurs vue par le médecin commis par le juge des tutelles », *Rev. adm.* 2000, n° 314, p. 187.

délai de prescription mais d'une condition de fond. L'écoulement du délai d'un an est seulement une condition de la marque du désintérêt : c'est par l'absence d'intérêt pendant un an que le parent manifeste son désintérêt. Par suite, la capacité de l'intéressé n'est pas prise en compte pour la réunion des éléments constitutifs de ce fait juridique. Le délai n'est pas suspendu, ce qui en pratique peut cependant poser problème, lorsque la cause de ce désintérêt, comme par exemple l'immaturité des parents liée à leur très jeune âge, est provisoire. Mais cette difficulté d'ordre pratique ne suffit pas pour poser un principe d'impossibilité à caractériser un désintérêt manifeste d'un parent incapable envers son enfant.

552. Si les incapacités civile et naturelle des parents n'interfèrent pas dans la caractérisation des conditions de la déclaration judiciaire d'abandon de leur enfant dans la mesure où le désintérêt manifeste est un fait juridique, la volonté des parents joue cependant un rôle essentiel. Il faut donc s'interroger sur les conséquences de l'impossibilité présumée ou prouvée à exprimer sa volonté.

b) Le rôle de la volonté

553. L'article 350 du Code civil ne donne pas de définition précise du caractère manifeste du désintérêt. La jurisprudence a énoncé qu'il s'agissait de la situation dans laquelle les parents n'ont « plus porté intérêt d'une manière évidente »[771]. Surtout, elle exige pour déclarer l'enfant judiciairement abandonné que le désintérêt soit volontaire et conscient[772].

554. En ce sens déjà, devant l'Assemblée nationale, M. Riviérez, rapporteur de la loi du 22 décembre 1976 définissant la notion de désintérêt manifeste à l'alinéa 2 de l'article 350 du Code civil, affirmait que « l'abandon doit être volontaire, c'est-à-dire qu'il ne prend pas en considération les abandons causés par la maladie, par un état de détresse ou de nécessité extrême »[773]. Il indique également que la jurisprudence antérieure à la réforme rendue sur le caractère volontaire du désintérêt conserve toute sa valeur.

[771] CA Paris, 10e ch., 3e sect., 8 juin 1973 : *JCP G* 1974, II, 17660, note S. Bétant-Robet ; *RD sanit. soc.* 1973, n° 3, p. 562, obs. P. Raynaud.
[772] CA Paris, 10e ch., 8 juin 1973, préc. Voir également Cass. 1re civ., 23 octobre 1973 : *D.* 1974, p. 135, note C. Gaury ; *JCP G* 1974, II, 17689, note E.S. de la Marnierre ; Cass. 1re civ., 3 octobre 1978 : *RD sanit. soc.* 1979, p. 279, note P. Raynaud ; Cass. 1re civ., 29 octobre 1979 : *RD sanit. soc.* 1980, n° 3, p. 148, obs. P. Raynaud ; Cass. 1re civ., 20 novembre 1985 : *RTD civ.* 1986, p. 731, obs. J. Rubellin-Devichi.
[773] H. Riviérez, *JO* Déb. Ass. Nat., séance du 2 décembre 1976, p. 8910, 2e col. *in fine*.

555. Toutefois, une partie de la doctrine détache le désintérêt manifeste de toute idée de volonté[774]. Pour ces auteurs, c'est rajouter au texte que d'exiger que le désintérêt soit volontaire et conscient, alors que ne pas rechercher un tel caractère permet de « régulariser la situation juridique des enfants de parents débiles ou atteints de maladies mentales, ou internés en hôpital psychiatrique, [car] par définition même, ce type de parents n'a pas conscience de ses actes et ne peut être considéré comme fautif »[775]. De plus, « l'oubli ne suppose pas, par définition, d'acte volontaire »[776].

556. Cette « régularisation de la situation » se fait cependant alors au détriment de ces parents fragilisés. C'est pourquoi la jurisprudence refuse à juste titre de déclarer abandonné un mineur « lorsqu'un rapport d'expertise établit que l'état d'abandon où sa mère l'a laissé doit être considéré comme la conséquence de ses troubles de santé, la réalité de l'abandon n'étant pas démontrée »[777]. De même, l'internement pour troubles psychiatriques est une marque d'absence de volonté du désintérêt et ne permet donc pas de déclarer judiciairement abandonné l'enfant de l'interné[778]. Plus généralement, il n'y a pas d'abandon au sens de l'article 350 du Code civil s'il est le fait d'un déficient mental[779], sans toutefois aucun automatisme : il faut établir que l'intéressé a été privé du discernement et de la volonté nécessaire pour marquer son intérêt envers l'enfant[780]. L'absence de volonté consciente ne se présume donc pas mais la preuve peut toujours en être rapportée, empêchant de déclarer l'enfant judiciairement abandonné. Le désintérêt n'est ainsi pas volontaire lorsqu'il a pour cause une impossibilité matérielle ou psychologique subie par le parent d'exprimer des marques d'intérêts suffisantes envers son enfant.

557. Ainsi, le juge ne doit prendre en compte que les comportements volontaires. En ce cas, les parents les plus faibles sont protégés : il n'est pas possible de les priver du lien de droit avec leur enfant au motif d'un désintérêt dont ils n'ont pas conscience. A l'opposé, l'intérêt de l'enfant risque de passer au second plan : il ne peut en effet prétendre à être

---

[774] Voir notamment P. Verdier, « Lecture actuelle de l'article 350 », *RD sanit. soc.* 1975, p. 400 spéc. p. 407 et s. et *RD sanit. soc.* 1977, p. 170 ; C. Allaer, art. préc., n° 8 et s. *Contra* cependant, G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, *op. cit.*, n° 484.
[775] C. Allaer, art. préc., n° 10.
[776] C. Allaer, art. préc., n° 10.
[777] CA Paris, 24e ch., 6 janvier 1977 : *JCP G* 1977, II, 18762, note A.-M. Fournié.
[778] TGI Paris, 15e ch., 6 novembre 1967 : *Gaz. Pal.* 1968, 1, somm. 19 ; Voir également TGI Paris, 14 avril 1972 (non publié), où la déclaration judiciaire d'abandon est refusée car la mère, placée en hôpital psychiatrique et atteinte de graves troubles mentaux, n'a pas été en mesure de prendre des nouvelles de l'enfant.
[779] CA Paris, 10e ch., 8 juin 1973, préc.
[780] CA Bourges, 1re ch. civ., 20 janvier 1997 : Juris-Data n° 1997-041290.

adopté, et doit attendre que ses parents puissent exprimer une volonté consciente, que ce soit pour être pris en charge par eux ou pour qu'ils consentent à son adoption. La protection des parents hors d'état de manifester leur volonté passe donc ici avant la protection de l'enfant. Cette solution se justifie par la nature de la mesure de l'article 350 du Code civil. Il s'agit en effet de la sanction du désintérêt des parents, même si la caractérisation d'une faute n'est pas nécessaire[781]. Or « il paraît aberrant et même odieux de sanctionner par la privation d'enfant l'abandon dû à la maladie, à la faiblesse »[782].

558. La difficulté consiste alors à concilier l'exigence d'un comportement volontaire avec l'exclusion de la qualification d'acte juridique. Mais « s'il est vrai (…) que les actes juridiques sont tous volontaires, certains faits juridiques le sont également »[783]. La condition de volonté n'est donc pas exclusive de la qualification de fait juridique. En ce cas, ce ne sont pas les effets de droit qui sont voulus, à savoir ici la déclaration judiciaire d'abandon et l'octroi pour l'enfant de la qualité de pupille de l'Etat, mais le fait accompli, c'est-à-dire le comportement des parents envers leur enfant, l'absence de marque d'intérêt.

559. Ainsi, la capacité n'a aucun effet car le ou les parents n'expriment pas directement leur volonté d'abandonner l'enfant. Ils ne doivent pas donner leur consentement à un acte juridique, mais leur comportement auquel la loi rattache des effets de droit doit être volontaire. Faire jouer ici le régime de protection des incapables reviendrait à confondre le régime de l'abandon au sens de l'article 350 du Code civil avec celui de la remise volontaire de l'enfant à l'Aide sociale à l'enfance ou avec celui du consentement à l'adoption, qui sont des actes juridiques. Cependant, les causes de l'incapacité à l'origine de la faiblesse de l'individu, peuvent être la cause de l'impossibilité de marquer son intérêt envers l'enfant. C'est pourquoi la déclaration judiciaire d'abandon peut concerner la population des incapables.

560. Tout en étant toujours indifférent à la capacité civile, l'action de remise en cause de la filiation visant à rendre l'enfant adoptable est parfois conditionnée à la capacité naturelle des parents. Tel est le cas du consentement à l'adoption.

---

[781] CA Reims, 28 février 1977 : *JCP N* 1980, II, p. 16.
[782] R. Nerson, « La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du Code civil », *RTD civ.* 1980, p. 108.
[783] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique,* Armand Colin, 11e éd., 2004, n° 60.

2. Le consentement à l'adoption

561. A côté des enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350, l'article 347 envisage deux autres catégories d'enfants adoptables : ceux « pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption » et les « pupilles de l'Etat » qui se définissent notamment aux termes de l'article L. 224-4-2e du Code de l'action sociale et des familles comme les « enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupille de l'Etat par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption depuis plus de deux mois » ou encore aux termes de l'article L. 224-4-3e comme ceux « 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 ». Ainsi, le consentement des père et mère ou du conseil de famille peut conduire à l'adoption de l'enfant.

562. Le consentement à l'adoption doit en principe être donné devant le greffier en chef du tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de la personne qui consent. Il peut également l'être devant notaire ou devant des agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut[784] enfin être directement reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui est remis, qui dresse alors à cette occasion un procès-verbal[785]. C'est un acte solennel.

563. L'expression de ce consentement incombe en principe aux père et mère conjointement dès lors que la filiation est établie à leur égard[786]. Ils ne seront cependant pas toujours en mesure de le faire. Ils perdent ce droit avec ceux de l'autorité parentale ou lorsqu'ils sont hors d'état de manifester leur volonté. Si aucun des deux ne peut exprimer sa volonté, c'est au conseil de famille qu'il appartient de donner son consentement[787]. De même, en cas de refus abusif de leur part et alors qu'ils se sont désintéressés de l'enfant au point de compromettre sa santé ou sa moralité, le tribunal peut prononcer l'adoption[788].

[784] C'est même une obligation si l'enfant a moins de deux ans.
[785] Article 348-3 al. 1 du Code civil.
[786] Article 348 du Code civil.
[787] Article 348-2 al. 1 du Code civil.
[788] Article 348-6 du Code civil.

564. Le droit de consentir à l'adoption de l'enfant paraît donc attaché à l'autorité parentale. Il s'agit cependant de la titularité de l'autorité parentale et non pas de son exercice. Notamment, la perte de l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 373 du Code civil ne met pas fin au droit parental de consentir à l'adoption de son enfant. Seul le retrait de la titularité produit cet effet, comme il peut d'ailleurs conduire à l'admission de l'enfant à la qualité de pupille de l'Etat[789]. Le droit de consentir à l'adoption de son enfant est avant tout lié à la qualité de parent. C'est pourquoi l'article 377-3 du Code civil énonce qu'il ne peut jamais être délégué. Il s'agit d'un droit éminemment personnel qui ne relève pas de l'exercice de l'autorité parentale mais qui est attaché au lien de filiation.

565. L'expression du consentement à l'adoption revêt les caractères d'un acte juridique. Les père et mère expriment leur volonté de produire des effets de droit, à savoir rompre leur lien de filiation avec l'enfant s'il s'agit d'une adoption plénière et en autoriser un nouvel établissement. Par suite, le consentement à l'adoption doit être soumis aux exigences de l'article 1108 du Code civil. Mais deux importantes réserves sont apportées à l'application du droit commun des actes juridiques.

566. Tout d'abord, il apparaît que les modalités de remise en cause de l'acte de consentement à l'adoption ne relèvent pas du droit commun. La nullité ne peut être demandée sur le fondement de l'article 1108 de la même façon que pour les autres actes juridiques. Déjà, il apparaît que le consentement peut être rétracté dans le délai de deux mois faisant suite à l'acte authentique ou à la remise à l'aide sociale à l'enfance[790]. Cette disposition ne fait en réalité que renforcer la protection du consentement, assurée en amont par l'exigence d'un acte authentique[791]. Surtout, la nullité du consentement ne peut plus être accordée sur ce fondement une fois le jugement d'adoption rendu, au nom du principe d'indivisibilité entre le consentement et le jugement. Cette solution autrefois très discutée par la doctrine[792] et la jurisprudence[793] est en effet aujourd'hui consacrée par la Cour de cassation[794]. Ainsi, le

[789] Article 380 du Code civil et L. 224-4-6[e] du Code de l'action sociale et des familles.
[790] Article 348-3 al. 2 du Code civil.
[791] En ce sens, M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, Edition Panthéon-Assas, 2003, n° 500.
[792] Voir notamment V. Larribau-Terneyre, note préc. ; J. Hauser et D. Huett-Weiller, *Traité de droit civil, la famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2[e] éd., 1993, n° 935 ; Contra, M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, Edition Panthéon-Assas, 2003, n° 505.
[793] Voir notamment CA Pau, 30 mai 1990 : *D.* 1990, jurisp. P. 20, note V. Larribau-Terneyre, qui a appliqué le droit commun des actes juridiques à l'acte de consentement à l'adoption en admettant la nullité pour vice du consentement, en l'espèce la violence. Cinq ans plus tard, le 26 juin 1995, la même Cour d'appel (CA Pau, 26 juin 1995 : *D.* 1996, jurisp. p. 214, note V. Larribau-Terneyre) refuse d'appliquer le droit commun. Mais il est

consentement à l'adoption ne peut être remis en cause que par les recours ouverts contre le jugement ayant prononcé l'adoption. S'il peut encore être considéré comme un acte juridique abdicatif, ce n'est qu'à travers le jugement d'adoption[795]. Comme pour le jugement de divorce sur demande conjointe, le jugement d'adoption purge de ces vices l'acte juridique de consentement. Le non-respect des conditions fixées par l'article 1108 du Code civil ne peut être invoqué que par la voie de l'appel et de la cassation.

567. Ensuite, il apparaît que la capacité nécessaire à l'expression du consentement n'est pas la capacité civile, ce qui rend inutile le recours aux articles 501 et 511 pour donner au tutélaire et au curatélaire le pouvoir de consentir[796]. En effet, les articles 348 et 348-2 du Code civil ne font que référence à une incapacité de fait : ils font produire effet à l'impossibilité pour les parents de manifester leur volonté, mais ne précisent pas les règles applicables à l'hypothèse dans laquelle le ou les parents sont placés sous un régime de protection des incapables. De plus, la nature éminemment personnelle de l'acte s'oppose à toute représentation[797]. Les père et mère incapables mais en état de manifester leur volonté peuvent donc consentir à l'adoption de leur enfant s'ils remplissent les conditions de l'article 348 du Code civil, c'est-à-dire s'ils sont titulaires de l'autorité parentale. La possibilité pour le conseil de famille de pallier un refus abusif de leur part sur le fondement de l'article 348-6 garantit alors le respect des intérêts de l'enfant et des adoptants potentiels.

568. Ainsi, seule l'incapacité naturelle peut empêcher une personne mineure ou majeure sous tutelle ou curatelle de consentir à l'adoption de son enfant. C'est en effet sur le fondement de l'article 489 du Code civil que la Cour d'appel d'Orléans a raisonné le 23 novembre 1993 pour déterminer si elle devait annuler une adoption simple au motif que la mère qui a consenti présente des troubles psychologiques et est limitée sur le plan intellectuel au point que ses facultés de compréhension sont largement inférieures à ce qui est nécessaire

---

vrai que dans cette seconde espèce les faits étaient différents : ce sont les adoptants qui souhaitaient renoncer à l'adoption en invoquant une erreur sur l'âge des adoptés.

[794] Cass. 1re civ., 27 novembre 2001 : *Bull. civ.* I, n° 292 ; *RTD civ.* 2002, p. 82, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* mai 2002, comm. n° 58, note P. Murat ; *D.* 2002, IR p. 39.

[795] Alors que le Doyen Carbonnier affirmait sous l'empire de la jurisprudence de 1990 que « le consentement familial n'est pas seulement requis comme élément constitutif de l'acte juridique d'adoption, mais aussi, et préalablement, comme signe d'abandon et, partant, de disponibilité à l'adoption », *in Droit civil,*vol. 1, *op. cit.* n° 513, p. 1114.

[796] Voir cependant *contra* la note de P. Murat sous CA Nîmes, 7 décembre 2004 : *Dr. famille* juill-août 2005, comm. n° 154.

[797] En ce sens, voir notamment C. Neirinck, « Filiation adoptive. Adoption plénière. Conditions préalables à l'adoption », *J-Cl. civ.*, art. 343 à 370-2, fasc. 20, 2003, n° 51 ; V. Doumeng, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, thèse préc., n° 1054.

pour saisir la valeur d'un consentement à adoption, ce qui la rend très influençable[798]. Aucune présomption d'incapacité à consentir n'existe en la matière, mais la preuve peut toujours en être rapportée, dans la limite des voies de recours contre le jugement d'adoption.

569. Le parent incapable peut donc établir ou remettre en cause sa filiation avec l'enfant. Dans la première hypothèse, se pose ensuite la question des conséquences de son incapacité sur l'exercice des prérogatives parentales, c'est-à-dire sur l'exercice de l'autorité parentale sur la personne et sur les biens de l'enfant.

[798] CA Orléans, 2e ch. civ., 23 novembre 1993 : Juris-Data 1993-046424, qui refuse en l'espèce la nullité au motif que le consentement a été donné devant notaire et que, s'agissant ici d'une adoption simple, le lien avec la mère biologique n'est pas rompu.

CHAPITRE 2 : L'EXERCICE DES PRÉROGATIVES PARENTALES

570. Après la naissance de l'enfant, les parents assurent en principe l'exercice de prérogatives sur sa personne et ses biens : ils exercent l'autorité parentale et l'administration légale de son patrimoine.

571. De telles prérogatives sont inhérentes à la qualité de parent : l'article 371-1 du Code civil énonce expressément que l'autorité parentale sur la personne appartient aux père et mère et l'article 382 pose le même principe pour l'administration légale. Le respect des droits fondamentaux du parent incapable passe alors par le respect de ces prérogatives.

572. Ce respect s'exprime à travers un principe simple à énoncer mais difficile à mettre en œuvre : l'incapacité civile des parents n'est pas opposée à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne comme sur les biens de leur enfant (section 1). Par suite, il apparaît que tout parent, même civilement incapable, est présumé apte à assumer les conséquences de l'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire à être déclaré civilement responsable des faits de son enfant (section 2).

Section 1 : La possibilité pour le parent incapable d'exercer l'autorité parentale

573. L'autorité parentale est envisagée au titre neuvième du Code civil comme l'ensemble des droits et devoirs qui appartiennent aux père et mère en vertu de la loi relativement à la personne et aux biens de leurs enfants mineurs non émancipés. La distinction opérée au sein de ce titre neuvième entre l'autorité parentale sur la personne et l'autorité parentale sur les biens doit être reprise ici, même si l'administration légale peut

déborder du seul domaine patrimonial en ce qu'elle est également, voire avant tout, un mécanisme de représentation[799]. Les difficultés soulevées par l'incapacité du ou des parents et les solutions à apporter ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'exercer l'autorité parentale sur la personne ou sur les biens. Si l'incapacité civile des parents est sans conséquence dans les deux cas, cette solution s'explique différemment en matière d'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant (§ 1) et en matière d'exercice de l'administration légale (§ 2).

§ 1. L'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant

574. L'affirmation selon laquelle l'incapacité civile des parents ne fait pas obstacle à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant se vérifie à un double titre. Il apparaît tout d'abord que, s'il est possible de dégager une notion de capacité parentale, entendue au sens de capacité d'exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, cette capacité parentale se distingue de la capacité civile (A). Il apparaît ensuite que cette capacité parentale est présumée et que cette présomption ne tombe pas du seul fait de l'incapacité civile des père et mère (B).

A) La capacité d'exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant

575. La capacité d'exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant peut tout d'abord se définir négativement, par sa distinction avec la notion de pouvoir et surtout avec la capacité civile (1). Elle peut ensuite se définir positivement, à travers l'étude de l'exercice effectif par le parent incapable de ses droits et devoirs (2).

1. La distinction entre la capacité d'exercer l'autorité parentale et la capacité civile

576. Il faut avant tout ici justifier la qualification de capacité. Il est en effet le plus souvent fait appel à la notion de pouvoir pour définir l'autorité parentale. Mais capacité et pouvoir sont deux notions bien distinctes qu'il ne faut pas confondre (a), et les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant renvoient non pas aux critères de

[799] Voir en ce sens M. Bruggemann, « L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale », Thèse Toulouse 2000, n° 99 et s.

définition du pouvoir mais à ceux de la capacité, même s'il ne s'agit pas de la capacité civile (b).

a) La distinction des notions de pouvoir et de capacité

577. La distinction des notions de capacité et de pouvoir fait l'objet d'une controverse doctrinale. Deux théories s'opposent. Pour une partie de la doctrine dite classique, la capacité est l'aptitude à exercer ses propres droits et le pouvoir est l'aptitude à exercer ceux d'autrui[800]. Pour d'autres auteurs, le pouvoir se définit comme l'aptitude pour une personne à engager des biens par ses actes[801]. L'analyse se complique en ce que la notion de pouvoir est amphibologique : il s'agit à la fois d'une prérogative et de l'aptitude à mettre en œuvre cette prérogative[802]. Il est en effet possible de définir le pouvoir comme « l'aptitude à faire usage des pouvoirs »[803], comme « l'aptitude à exercer un pouvoir »[804]. « Employé comme un indénombrable le mot désigne l'aptitude tandis qu'utilisé comme un dénombrable le mot signifie la prérogative »[805]. Un auteur opère ainsi à juste titre une distinction entre le pouvoir-aptitude qu'il oppose à la capacité dans la mesure où l'action est exercée pour le compte d'autrui et non pour le compte personnel de l'auteur, et les pouvoirs-prérogatives qu'il différencie des droits en ce que l'auteur poursuit un intérêt altruiste et engage autrui[806].

578. La doctrine dite classique distingue donc la capacité et le pouvoir par le critère du but poursuivi, alors que la doctrine dite moderne cantonne la notion de pouvoir au seul domaine patrimonial, ce qui peut paraître réducteur[807]. Dans tous les cas, le pouvoir que l'on

[800] L. Josserand, *Cours de droit civil positif français, Théorie générale du droit et des droits, Les personnes, la famille, la propriété et autres droits réels principaux*, T. 1, Sirey, 3e éd., 1938, n° 305 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, vol. 1, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004, n° 293, p. 548 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, PUF, Coll. Quadrige, 7e éd., 2005, V° Pouvoir ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 64 et s ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Introduction générale, Les personnes*, T. 1, LGDJ, 1956, n° 2538.

[801] G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3e éd., 1976, n° 504 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et famille*, T. 1, 11e éd. par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1947, n° 84 ; Ph. Malaurie, *Droit civil, Les personnes*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 512 ; R. Houin, « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 389.

[802] Voir en ce sens E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 214 et s. ; Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, T. 339, n° 81 et s. ; M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, T. 172, n° 168 et s.

[803] M. Storck, *op. cit.*, n° 174.

[804] E. Gaillard, *op. cit*., proposition de thèse n° 3 p. 232.

[805] Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, T. 339, n° 81.

[806] Voir M. Storck, *op. cit*., n° 168 s et 176 s.

[807] E. Gaillard, *op. cit*., n° 74.

oppose à la capacité s'analyse comme le pouvoir-aptitude, qui permet d'exercer les pouvoirs-prérogatives que l'on oppose aux droits.

579. Cette opposition entre le pouvoir et la capacité peut se vérifier à travers un exemple : celui de la situation de la femme mariée, qui pouvait percevoir librement ses salaires dès 1907 mais restait incapable d'ester en justice et de passer des actes juridiques. Plus encore, la loi du 18 février 1938, en accordant la pleine capacité d'exercice à la femme mariée tout en la privant de toute prérogative dans le cadre du régime matrimonial, ne pouvait se justifier que par cette distinction[808]. Ainsi, la femme avait la pleine capacité d'exercice, mais ne pouvait engager les biens de la communauté : elle n'en avait pas le pouvoir. De plus, l'affirmation de sa capacité ne permettait pas de considérer son mari comme venant en représentation dans le cadre du régime matrimonial[809]. Par suite, l'impossibilité d'agir dans laquelle elle se trouvait ne pouvait être qualifiée que d'absence de pouvoir.

580. Certains critères de distinction entre ces deux notions font l'unanimité. Si la capacité est toujours présumée[810], le pouvoir, qui est le corollaire de l'incapacité lorsqu'elle donne lieu à représentation[811], doit être reconnu à titre d'exception. En principe, chacun exerce ses droits pour son propre compte, puisque chacun est présumé capable. De même, alors que la capacité et l'incapacité reposent sur la prise en compte de qualités inhérentes à la personne, le pouvoir se fonde sur « des considérations d'ordre professionnel, patrimonial, familial ou amical… »[812].

581. D'autres critères de distinction sont plus discutés. Tel est le cas de l'imputation des actes passés. C'est le critère qui marque la principale divergence doctrinale. Pour certains, l'essentiel est que l'auteur de l'acte qui exerce un pouvoir ne soit pas le sujet d'imputation et d'autres posent comme condition principale que l'objet de l'acte soit patrimonial[813]. En réalité, ces deux théories ne sont pas opposées mais se complètent. Il est d'une part aisément

---

[808] Voir cependant M. Ancel, *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, Sirey Paris 1938, n° 61, p. 116, pour qui le pouvoir n'est pas une institution juridique spéciale, et pour qui les restrictions apportées à l'exercice de sa capacité par la femme tiennent à la nature même des choses.
[809] En ce sens, E. Gaillard, *op. cit.*, n° 74.
[810] *Cf.* articles 8 et 1123 du Code civil.
[811] Voir J. Carbonnier, *op. cit.*, vol. 1, n° 293, p. 548 ; L. Josserand, *op. cit.*, T1, n° 306.
[812] M. Storck, *op. cit.*, n° 173. Voir également P. Didier, *op. cit.*, n° 95 ; et C. Atias, *Les personnes*, PUF, 1985 : « L'absence de pouvoir ne peut être confondue avec l'incapacité ; elle tient à la situation faite par la loi (tuteur) ou par le contrat (mandataire), au titulaire de ce pouvoir indépendamment de ses qualités personnelles qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer ».
[813] Sur cette divergence, *cf. supra* l'opposition entre la doctrine classique et la doctrine moderne.

possible de vérifier la nécessité de la distinction opérée entre l'auteur et le sujet d'imputation. En d'autres termes, la qualification de pouvoir ne doit être retenue que lorsque l'auteur agit pour le compte d'autrui[814]. Mais d'autre part, agir pour le compte d'autrui n'a de sens que si ce tiers est engagé par l'acte[815]. Dans ces conditions, l'imputation peut se définir comme l'action de « faire supporter à une personne les conséquences d'un événement, d'un acte, en la faisant bénéficier de droits ou en mettant à sa charge des obligations »[816]. L'imputation est « le mécanisme qui affecte les effets juridiques à un sujet de droit »[817]. Or il apparaît que cette affectation sera le plus souvent patrimoniale. Comment en effet être engagé autrement que sur son patrimoine ? L'article 2092 du Code civil relatif aux sûretés lie d'ailleurs expressément la notion d'engagement au patrimoine de l'intéressé en énonçant que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Obliger sa personne, c'est obliger ses biens[818] ; obliger la personne d'autrui, c'est obliger les biens d'autrui[819]. Par suite, il est possible de définir la notion de pouvoir comme « la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui »[820]. Cependant, il faut admettre que si l'engagement se répercute le plus souvent sur le patrimoine, tel n'est pas toujours le cas. A titre d'exemple, si le mineur est engagé par l'action en changement de nom intentée pour lui par ses administrateurs légaux, le résultat de cette action ne se répercute pas sur son patrimoine. La jurisprudence reconnaît en effet qualité à l'administrateur légal pour représenter le mineur dans les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux, à moins qu'elles n'aient un caractère strictement personnel, ce qui n'est pas le cas des actions relatives au nom[821]. Le droit au nom appartenant au mineur qui a été exercé par les titulaires de l'administration légale revêt incontestablement une nature extra-patrimoniale : il n'est pas évaluable en argent. L'imputation réside ici en ce que l'enfant supporte les conséquences de

[814] M. Storck, *op. cit.*, n° 163, après avoir énoncé que « la notion de pouvoir emporte par définition dissociation de l'auteur et du sujet d'imputation », admet à juste titre que cette dissociation est possible pour un acte comme pour un fait juridique. Tel est par exemple le cas pour ce qui concerne la responsabilité civile des parents du fait de leurs enfants : ceux sur lesquels s'imputent les effets de droit du fait juridique n'en sont pas les auteurs. Pour autant, M. Storck, au n° 159 et 260 s, rejette l'idée d'une représentation en matière de fait juridique au motif que la représentation implique la volonté d'établir un lien de droit, ce qui correspond à la définition de l'acte juridique. Voir *contra*, P. Didier, *op. cit*., n° 151 et s.

[815] Voir notamment pour le mandat l'article 1998 al. 1 du Code civil : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ».

[816] M. Storck, *op. cit.*, n° 45.

[817] M. Storck, *op. cit*. n° 45 ; P. Didier, *op. cit*., n° 165.

[818] J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. 2, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 2004, n° 663, p. 1515.

[819] Voir cependant E. Gaillard, *op. cit.*, n° 74 et note 164, qui fait appel au même fondement pour rejeter la doctrine moderne qui définit le pouvoir par rapport au patrimoine, au motif que « l'engagement personnel se répercute nécessairement sur le patrimoine sans qu'intervienne une quelconque condition de pouvoir ».

[820] G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, T. 1, n° 2538.

[821] Cass. 1re civ., 6 novembre 1985 : *Bull. civ.* I, n° 291 ; *D.* 1986, IR, 114.

l'action en changement de nom, sans que ses représentants légaux aient exercé une action sur ses biens.

582. Ainsi, une définition plus large de la notion de pouvoir doit être préférée : il s'agit de l'aptitude à agir au nom et pour le compte d'autrui. Mais il ne faut cependant pas perdre de vue que le plus souvent, l'engagement se répercute sur le patrimoine et donc que le plus souvent le pouvoir s'analyse comme l'aptitude à agir sur le patrimoine d'autrui.

583. Si cette définition du pouvoir conduit à retenir cette qualification pour l'administration légale[822], il apparaît que tel n'est pas le cas en matière d'autorité parentale sur la personne où il faut préférer faire appel à la notion de capacité, différente cependant de la capacité civile.

b) Le rejet des notions de pouvoir et de capacité civile

α) Le rejet de la notion de pouvoir

584. L'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant se définit comme l'exercice d'un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. En ce sens, cet exercice poursuit une finalité altruiste, ce qui correspond à la définition des pouvoirs-prérogatives. Cependant, trois arguments conduisent à rejeter la notion de pouvoir en ce domaine.

585. Tout d'abord, le parent n'agit pas au nom de l'enfant, mais exerce des droits et devoirs en qualité de parent. Ce sont ses propres droits et devoirs que le parent exerce, même s'il s'agit de droits-fonctions[823] dans l'intérêt de l'enfant. Lorsque c'est « l'attributaire de la prérogative qui se lie par son action en ayant seulement le devoir de tenir compte de la situation juridique d'un tiers (altruisme au premier degré), on est en présence d'un « droit fonctionnel », d'une forme atténuée de pouvoir soumise au régime juridique des droits sans

[822] *Cf. infra* § 631 s.
[823] En faveur de cette qualification, voir C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *D.* 1971, chron. p. 1, n° 25 s ; R. Legeais, *L'autorité parentale*, Defrénois, 1973, n° 46 s ; I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Ed. Odile Jacob, Documentation française 1998, p. 190.

avoir un caractère exclusivement égoïste »[824]. Qualifiée de droit, cette prérogative fait donc appel à la notion de capacité et non à celle de pouvoir pour définir l'aptitude nécessaire à son exercice.

586. Ensuite, le parent n'agit pas pour le compte de l'enfant. La qualification de pouvoir ne peut pas être retenue dans la mesure où l'exercice des droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation ne s'impute pas à l'enfant. En d'autres termes, l'exercice d'un acte relatif à sa personne, c'est-à-dire d'un droit et devoir ayant pour objet d'assurer sa santé, sa sécurité ou sa moralité, ne met à sa charge ni droits ni obligations. S'il est incontestable que les parents agissent dans l'intérêt de l'enfant, ils ne le font pas cependant pour son compte. L'enfant est concerné mais il n'est pas personnellement engagé par l'acte. L'exercice par les parents de leurs prérogatives n'est donc pas soumis à une condition de pouvoir-aptitude, mais à une condition de capacité dans la mesure où il s'agit de l'aptitude à exercer leurs propres droits, même s'ils doivent être exercés dans un sens déterminé.

587. Enfin, il convient également de remarquer que le rôle de représentation du mineur dans tous les actes civils incombe aux administrateurs légaux[825], non à ceux qui exercent l'autorité parentale sur la personne de l'enfant[826]. Autrement dit, le pouvoir de représentation du mineur est lié à l'administration légale, non à l'autorité parentale sur la personne, ce qui permet d'exclure la qualification de pouvoir dans ce dernier cas.

β) Le rejet de la notion de capacité civile

588. Aucune condition de capacité ne paraît être posée pour la dévolution de l'autorité parentale. Par suite, pour ne pas mettre en place un système contradictoire, il ne faut pas exiger une capacité générale à effectuer tous les actes relatifs à l'autorité parentale, c'est-à-dire de ne pas soumettre l'exercice des prérogatives octroyées au titre de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant à une condition de capacité civile.

---

[824] M. Storck, *op. cit*., n° 179, qui donne l'exemple des droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation qui doivent être utilisés dans l'intérêt de la famille mais qui ne sont pas soumis au contrôle du détournement de pouvoir. Voir également J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris 1952, p. 222 ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n° 22 et 23 ; L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2e éd., 1939, n° 308.

[825] Article 389-3 du Code civil.

[826] Cette distinction est cependant le plus souvent inutile, le principe voulant que l'exercice de l'administration légale soit lié à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne.

589. Ainsi, l'article 372 du Code civil relatif à la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant ne pose aucune condition de capacité. Aucune manifestation de volonté n'est exigée, aucun seuil d'âge n'est fixé. L'énoncé du principe est simple : « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ». Pour exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant, il suffit en principe que le lien de filiation soit établi, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve de sa capacité.

590. De même, en cas de décès du parent qui exerçait l'autorité parentale, la dévolution automatique prévue par l'article 373-1 du Code civil à l'autre parent peut bénéficier à une personne incapable. La jurisprudence a déjà expressément marqué son indifférence à la capacité du parent survivant[827].

591. Une fois l'autorité parentale dévolue, l'exercice des prérogatives octroyées renvoie cependant à la notion de capacité. En effet, il apparaît alors que la capacité est une condition nécessaire à l'exercice des droits et devoirs, dans la mesure où pour assurer la direction de la personne de son enfant, c'est-à-dire pour exercer l'autorité parentale sur sa personne, le parent peut être amené à effectuer des actes juridiques. A titre d'exemple, l'inscription de son enfant à l'école ou le consentement donné à un traitement médical, sont des manifestations de volonté ayant pour objet de créer des effets de droit. Cependant, soumettre l'exercice de ces actes à une condition de capacité civile comme c'est le principe pour tout acte juridique reviendrait à vider de son sens le système de la dévolution et son indifférence de principe à la capacité des parents : l'incapacité civile d'un parent ne l'empêcherait pas de bénéficier de la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne, mais l'empêcherait d'exercer les prérogatives octroyées. De même et surtout, l'autorité parentale ne se définit pas comme une addition d'actes juridiques. La direction de la personne de l'enfant est assurée au quotidien par les parents sans qu'ils effectuent systématiquement un acte juridique : le fait d'accompagner son enfant à l'école ou de choisir ses vêtements, ne peut recevoir une telle qualification. La capacité parentale, nécessaire à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, paraît alors différente de celle nécessaire à la réalisation des actes juridiques.

[827] Voir en ce sens CA Paris, 24e ch. section A, 3 décembre 1991, Juris-Data n° 024324, qui l'admet pour un père placé sous curatelle et ce d'autant plus que « d'autres institutions permettent de faire échec le cas échéant au principe de la dévolution automatique ».

592. C'est pourquoi la capacité nécessaire à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant ne doit pas être assimilée à une capacité civile. Elle tend plutôt à se rapprocher de la capacité naturelle, sans toutefois pouvoir y être entièrement assimilée.

593. La notion de capacité naturelle n'est d'ailleurs pas totalement absente du système de la dévolution. L'alinéa 3 de l'article 372 du Code civil y fait indirectement allusion. Il dispose que lorsque la filiation est établie plus d'un an après la naissance à l'égard de l'un des parents et qu'elle l'est déjà à l'égard de l'autre, ou lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent, l'exercice de l'autorité parentale ne sera commun que si les parents font une déclaration conjointe en ce sens devant le greffier en chef du tribunal de grande instance, ou sur décision du juge aux affaires familiales. Or il peut paraître nécessaire d'exiger une certaine capacité de la part des déclarants dans la mesure où il s'agit sans nul doute d'exercer un acte juridique : les parents manifestent leur volonté en vue de créer des effets de droit. Par suite, le régime des incapacités quant à la réalisation des actes juridiques doit jouer. Mais ce ne peut être le régime des incapacités présumées. La déclaration peut en effet s'analyser comme un acte juridique déclaratif, dans la mesure où le greffier en chef ne fait que donner une existence légale à une situation qui existe déjà en fait. La manifestation de volonté par laquelle les parents expriment leur souhait d'exercer en commun l'autorité parentale constate par hypothèse une situation d'accord préexistante. Il apparaît même qu'un grand nombre de déclarants sont déjà investis sans le savoir de l'exercice en commun de plein droit de l'autorité parentale. Il s'agit ainsi souvent de parents jeunes ayant simultanément reconnu l'enfant, habitant ensemble, et qui veulent « officialiser leur situation »[828]. De plus, en ce domaine personnel, le droit préexistant qu'il s'agit de faire reconnaître, c'est-à-dire l'exercice en commun de l'autorité parentale, trouve son origine dans l'activité personnelle de l'incapable, à savoir ici le lien de filiation et d'affection avec l'enfant. Il est donc le mieux à même de connaître l'existence de ce fait personnel. Par suite, seuls les père et mère doivent pouvoir effectuer cette déclaration, comme le laisse d'ailleurs entendre l'énoncé même de l'article 372 al. 3, sans qu'aucune représentation ne soit possible, mais sans cependant dispenser les parents de l'obligation d'exprimer une volonté consciente, c'est-à-dire d'avoir la capacité naturelle nécessaire à cet acte.

[828] H. Fulchiron, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chron. p. 117.

594. Le fait que la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 fasse état d'une simple déclaration au juge[829] ne diminue pas le rôle de la capacité naturelle. Certes, l'intervention du juge et aujourd'hui du greffier peut s'assimiler à une homologation[830], sans qu'il lui soit reconnu un pouvoir d'appréciation[831]. Mais son rôle ne se limite pas à un simple enregistrement[832]. Le greffier, comme auparavant le juge des tutelles, apprécie la réalité du consentement exprimé[833]. Autrement dit, il vérifie la capacité naturelle des déclarants.

595. Dans la logique de cette solution, il convient de remarquer la formulation retenue par l'article 373-2-11-3e du Code civil, qui énonce que « lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ». Cette aptitude ne s'analyse certes pas comme une condition de capacité, en ce qu'elle ne renvoie pas à la notion de volonté. Mais elle peut correspondre à une telle hypothèse, et il est certain que le juge peut faire référence à l'absence de volonté consciente du parent, c'est-à-dire à son incapacité naturelle, pour établir une éventuelle inaptitude à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre. Le parent affecté d'un important trouble mental pourra ainsi être considéré par le juge comme inapte au sens de l'article 373-2-11-3e du Code civil.

596. Ainsi, la capacité parentale, nécessaire à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne, n'est pas une capacité civile, mais peut être rapprochée de la capacité naturelle. Cette affirmation est confirmée par l'étude de l'exercice effectif par les père et mère de leurs droits et devoirs au titre de l'autorité parentale.

---

[829] Il s'agissait alors du juge des tutelles.

[830] En ce sens, voir R. Legeais, « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *Defrénois* 1988, art. 34243, p. 625, spéc. n° 21.

[831] Cass. 1re civ., 26 juin 1990 : *JCP* G 1991, II, 21688, note F. Vauvillé ; *D.* 1991, jurisp. p. 315, note J. Massip

[832] Voir déjà antérieurement aux termes de l'article 1180-1 du nouveau code de procédure civile pour le juge : Rép. min. n° 32210 : *JO* Déb. Ass. Nat. 14 décembre 1987, p. 6796 ; *JCP G* 1988, IV, 17 ; A. Dorsner-Dolivet, Act. Lég. Dalloz 1988, p. 111, qui y voit une véritable décision, un acte juridictionnel.

[833] En ce sens déjà, voir TI Amiens, 9 février 1988 : *Gaz. Pal.* du 18 octobre 1988, jurisp. p. 715, note D. Guihal, qui énonce que le doute sur l'intégrité du consentement doit donner lieu à la saisine du Parquet qui peut transmettre au juge aux affaires familiales ; et G. Raymond, « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental, Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G* 1987, I, 3299, n° 20, qui admet que le juge des tutelles est compétent pour s'assurer de la réalité des consentements des deux parents.

2. L'exercice effectif des droits et devoirs au titre de l'autorité parentale

597. L'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant s'exprime à travers la reconnaissance d'un certain nombre de droits et de devoirs ayant pour finalité son intérêt. Même s'ils ne font plus l'objet d'une énumération spécifique dans la loi du 4 mars 2002, les droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation visés par l'ancien article 371-2 du Code civil, de même que l'obligation d'entretien, sont toujours assurés dans l'intérêt de l'enfant par les parents qui exercent l'autorité parentale[834]. L'affirmation selon laquelle l'incapacité civile ne produit aucun effet sur l'exercice de ces droits et devoirs, c'est-à-dire que des mineurs non émancipés et des majeurs sous tutelle ou curatelle peuvent assumer cette fonction et prendre parfois des décisions allant au-delà de ce qu'ils peuvent faire pour eux-mêmes, se vérifie à travers l'étude des différentes finalités poursuivies par ces droits et devoirs.

598. Aux termes de l'article 371-1 al. 2 du Code civil, l'autorité parentale a notamment pour finalité de protéger l'enfant dans sa sécurité. Cette mission passe surtout par l'exercice du droit et devoir de surveillance. Il n'est ici même pas utile de faire appel à la notion de capacité pour justifier la possibilité reconnue aux mineurs ou aux majeurs sous tutelle ou curatelle d'assumer cette fonction. La surveillance de l'enfant n'est pas un acte juridique mais un fait juridique. Aucune condition de capacité civile ou naturelle n'est posée. Cependant, les causes du placement du parent sous un régime de protection peuvent parfois l'empêcher d'exercer correctement ce droit et devoir. A titre d'exemple, un majeur placé sous curatelle au motif de sa cécité ne pourra que très partiellement surveiller son enfant. Certes, ce handicap n'est cause d'incapacité que s'il empêche la personne d'exprimer sa volonté[835], mais il peut participer à l'ouverture d'un régime de protection. Dans l'hypothèse envisagée, la protection du parent incapable comme celle de l'enfant doit alors conduire à assister le parent dans l'exercice de son droit et devoir de surveillance. Cette assistance n'a cependant pas le même sens qu'en matière de curatelle : ce n'est ni un conseil, ni une autorisation. Il s'agit

[834] Voir sur ce point H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, art. 37580, p. 964 ; et Rapport M. Dolez, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, doc. Ass. Nat., n° 3117, p. 23, pour qui la mention du droit et devoir d'éducation est inutile puisque l'éducation de l'enfant est une des finalités de l'autorité parentale, et pour qui les droits et devoirs de garde et de surveillance « renvoient à des principes quelque peu désuets qui sont implicitement compris dans les notions de sécurité, de santé ou de moralité ou sont déclinés dans divers articles du Code civil ».

[835] Cass. 1re civ., 9 mars 1994 : *Bull. civ.* I, n° 93 ; *RTD civ.* 1994, p. 323, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 1994, art. 35891, n° 101, p. 1103, obs. J. Massip ; Voir également Cass. 1re civ., 15 juillet 1999 : *Defrénois* 2000, art. 37096, n° 6, p. 113, obs. J. Massip ; *Dr. famille* nov. 1999, comm. n° 130, note Th. Fossier.

simplement de permettre au parent d'exercer son droit et devoir et de pallier certaines carences qui y font obstacle. Ainsi, la protection de l'individu n'est pas en ce domaine liée à son incapacité mais à son handicap. Dans tous les cas, la capacité n'est pas nécessaire à l'exercice de ce droit et devoir de surveillance ayant pour finalité la protection de l'enfant dans sa sécurité.

599. La solution est en principe identique pour ce qui concerne la finalité de protection de la moralité de l'enfant. L'exercice de l'autorité parentale par une personne incapable ne modifie rien en la matière. L'incapacité civile ou naturelle n'est pas facteur d'immoralité. La notion de capacité n'est ici d'aucune utilité.

600. La notion de capacité parentale joue cependant pleinement son rôle lorsque le parent civilement incapable prend une décision dont les effets portent préjudice à la sécurité ou à la moralité de l'enfant. Tel peut être le cas par exemple de l'inscription de l'enfant à un sport trop dangereux. Dans cette hypothèse, la décision s'analyse comme un acte juridique, et relève *a priori* d'une condition de capacité. La possibilité reconnue aux parents, même mineurs ou majeurs sous tutelle ou curatelle, de prendre une telle décision, dès lors qu'ils exercent l'autorité parentale sur la personne, révèle l'existence d'une capacité distincte du régime de leurs incapacités civiles. Le seul placement sous un régime civil de protection ne permet pas de leur interdire *a priori* de prendre une telle décision.

601. Le rôle de la capacité parentale est encore plus net lorsqu'il s'agit pour le parent d'assurer la protection de la santé de l'enfant. C'est à travers cette fonction que la distinction entre ce que l'incapable peut faire pour lui-même et ce qu'il peut faire pour son enfant apparaît le plus distinctement. En effet, la protection de sa santé soulève surtout la question des actes médicaux. En ce domaine, le principe est que les soins, traitements et opérations de l'enfant relèvent de l'autorité parentale. Mais le consentement à obtenir diffère selon les cas.

602. Lorsque l'acte envisagé pour l'enfant ne poursuit pas une finalité curative mais relève du domaine médical, une distinction doit être effectuée selon qu'il est usuel ou exceptionnel[836]. L'acte usuel est difficile à définir. A l'instar du Professeur Hugues Fulchiron, il est possible de retenir un critère négatif : « l'acte ne peut plus être considéré comme usuel

[836] Sur cette distinction, voir H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 73.

s'il rompt avec le passé ou, surtout, s'il engage l'avenir de l'enfant. Pour le savoir, il importe de se livrer à une double appréciation *in abstracto* et *in concreto*, en fonction des circonstances particulières de l'espèce »[837]. L'acte usuel relève de l'article 372-2 du Code civil qui permet à un seul parent de consentir au motif que le consentement de l'autre est présumé. Pour le reste, c'est-à-dire pour les actes exceptionnels, le consentement des deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale est exigé. De plus, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique énonce que le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision[838].

603. Lorsque l'acte envisagé pour l'enfant poursuit une finalité thérapeutique, l'article 42 du Code de déontologie énonce que le médecin doit s'efforcer de prévenir ses parents et d'obtenir leur consentement, dont il ne peut se passer qu'en cas d'urgence ou si ce refus risque d'avoir des conséquences graves pour la santé de l'enfant[839] ou si l'acte s'impose pour sauvegarder la santé de l'enfant et que celui-ci s'oppose à la consultation de ses parents[840]. L'avis de l'enfant doit être pris en compte dans la mesure du possible.

604. L'incapacité civile du ou des parents ne suscite pas de difficulté lorsque l'acte en cause est médical et usuel. Un tel acte s'apparente en matière patrimoniale à la catégorie des actes de la vie courante, que le mineur[841], le majeur sous curatelle[842] et même sous tutelle[843] peuvent réaliser seuls. Les personnes civilement incapables peuvent donc déjà consentir seules pour elles-mêmes à de tels actes. Il n'est pas utile de faire appel à la notion de capacité parentale pour justifier la possibilité qui leur est reconnue de consentir à un acte médical usuel sur la personne de leur enfant. La capacité reste cependant une condition de l'acte, dans la mesure où il est toujours possible de rapporter la preuve de leur incapacité naturelle à consentir, et ainsi assurer la protection de l'enfant. Mais le placement sous un régime de protection ne saurait priver un parent de la possibilité de décider seul d'emmener son enfant

[837] H. Fulchiron, in *Droit de la famille*, Dalloz Action 2001/2002, ss dir. J. Rubellin-Devichi, n° 1886.
[838] Voir de manière générale l'article 371-1 al. 3 du Code civil, qui énonce que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Sur les conséquences d'un refus exprimé par un enfant mature, voir A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RD sanit. soc.* 2005, spéc. p. 270, qui estime cohérent de reconnaître au mineur la possibilité de s'opposer à la décision envisagée pour les soins courants.
[839] Article L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique.
[840] Article L. 1111-5 du Code de la santé publique.
[841] Article 389-3 et 450 du Code civil.
[842] Article 510 du Code civil.
[843] Cass. 1re civ., 3 juin 1980 : *Bull. civ.* I, n° 172, p. 141 ; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 172 et *Defrénois* 1981, art. 32599, n° 9, p. 830, obs. J. Massip ; Voir J.-C. Montanier, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP* G 1982, I, 3076.

chez le médecin. L'essentiel est qu'il soit apte à exprimer une volonté consciente, c'est-à-dire qu'il ait la capacité naturelle à consentir.

605. Il en va différemment lorsque l'acte est exceptionnel ou poursuit un but thérapeutique. Les parents incapables qui exercent l'autorité parentale sont en effet appelés à consentir là où ils ne peuvent le faire seuls pour eux même. Cette solution illustre alors la différence de nature entre le consentement donné à l'acte effectué sur sa propre personne et le consentement donné à l'acte effectué sur la personne de son enfant. La capacité exigée n'est pas la même. Lorsque les parents sont appelés à consentir à un acte médical exceptionnel ou à finalité curative sur leur enfant, c'est en qualité de parents exerçant l'autorité parentale. Cette condition suffit. En ce cas, tout parent qui exerce l'autorité parentale, même s'il est mineur, majeur sous tutelle ou sous curatelle, est présumé avoir la capacité d'y consentir, c'est à dire avoir la capacité parentale. Le parent civilement incapable peut consentir à ce type d'intervention parce qu'il exerce l'autorité parentale.

606. L'existence de cette capacité parentale justifie ainsi la distinction opérée entre le consentement donné pour l'acte effectué sur sa personne et l'acte effectué sur la personne de son enfant. Notamment, il ne faut pas faire relever le consentement aux actes médicaux du régime des incapacités civiles, au risque de vider de sens une partie importante des droits et devoirs des parents qui exercent l'autorité parentale : imposer un régime d'assistance et surtout de représentation porterait atteinte aux prérogatives parentales au motif de l'incapacité du ou des parents, alors que de telles atteintes doivent être justifiées par l'intérêt de l'enfant. La protection des droits de ces parents incapables, à qui l'exercice de l'autorité parentale n'a par hypothèse pas été refusé, consiste à leur permettre d'exercer leurs prérogatives. Il faut donc détacher l'exercice effectif de ces droits et devoirs des régimes civils de protection, ce qui passe par la reconnaissance de cette capacité parentale.

607. Ce rôle de la capacité parentale distincte de la capacité civile se vérifie encore dans une autre finalité de l'autorité parentale : l'éducation de l'enfant[844], le terme étant pris ici au sens large, allant de l'éducation scolaire ou religieuse à l'apprentissage de la vie en société[845]. Pour assurer l'éducation de l'enfant, il est en effet nécessaire d'être doté d'une certaine « capacité éducative ». Cette « capacité » n'a évidemment rien de juridique. Il

[844] Article 371-1 et 371-2 du Code civil.
[845] H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, art. 37580, p. 964.

n'empêche que les parents ne peuvent assurer l'éducation de l'enfant, c'est-à-dire le diriger dans sa personnalité, s'ils n'en ont pas l'aptitude. Or si la protection du parent majeur incapable ne poursuit pas de rôle éducatif, il en va différemment de la protection du parent mineur non émancipé. En ce cas, il pourrait paraître contradictoire de donner à ce parent mineur la possibilité d'assurer l'éducation de son enfant tout en continuant, pour ce qui le concerne, à le soumettre aux choix éducatifs de ses propres parents. A titre d'exemple, dans ce système, les parents d'un mineur non émancipé peuvent décider de l'inscrire dans un établissement d'enseignement public sans qu'il ne puisse *a priori* s'y opposer, et celui-ci peut faire le choix pour son propre enfant d'un enseignement privé confessionnel sans que ses parents, grands-parents de l'enfant, n'aient à être consultés. Cette solution ne peut se justifier que par l'existence d'une capacité parentale présumée pour tout individu même mineur ou majeur sous tutelle ou curatelle.

608. Le législateur a également traité, dans la section relative à l'exercice de l'autorité parentale, de l'obligation d'entretien. Aux termes de l'article 371-2 du Code civil, tout parent, donc même mineur non émancipé ou majeur sous tutelle ou curatelle, doit assurer l'entretien de son enfant mineur à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. « Pièce maîtresse du dispositif de protection de l'enfant »[846], cette obligation parentale mise à la charge des parents est en réalité plus liée à la filiation qu'à l'exercice de l'autorité parentale. Elle n'est soumise à aucune condition de capacité, ce qui signifie que rien ne s'oppose à ce que le parent incapable assume cette obligation d'entretien, quel que soit son statut ou l'état de ses facultés. Cette obligation devra cependant parfois être assurée au travers de la mise en place d'une tutelle aux prestations sociales[847].

609. Ainsi, c'est dans l'exercice effectif des droits et devoirs au titre de l'autorité parentale que la notion de capacité parentale prend tout son sens. Sa distinction avec la capacité civile est encore renforcée par le fait qu'il s'agit d'une capacité présumée, qui n'est pas remise en cause par l'incapacité civile des père et mère.

[846] H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », art. préc., p. 987.
[847] Voir 2de Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2.

B) L'absence de remise en cause de la présomption de capacité parentale par l'incapacité civile

610. La capacité parentale, comme la capacité naturelle, est une capacité présumée (1). La présomption est cependant ici plus forte, en ce que l'incapacité civile ne la fait pas tomber (2).

1. La présomption de capacité parentale

611. La preuve de la capacité parentale, qui justifie la possibilité reconnue aux parents mineurs non émancipés ou majeurs sous tutelle ou curatelle d'exercer leurs droits et devoirs sur la personne de l'enfant, est simple : c'est une capacité présumée. Ce n'est d'ailleurs que l'application d'un principe déjà énoncé, selon lequel la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Le Professeur Jean Hauser déduit à juste titre de cette affirmation que la capacité est naturelle[848]. Tout individu est capable tant qu'il n'a pas été déclaré incapable pour un acte en particulier ou pour un ensemble d'actes. Ainsi, par son caractère présomptif la capacité parentale se rapproche de la capacité naturelle, de celle qui peut se définir indépendamment de son contraire, à savoir l'incapacité.

612. Cet aspect de la capacité parentale se vérifie également au regard de la nature de l'autorité parentale sur la personne. En effet, l'autorité parentale s'analyse comme une fonction naturelle. Les droits et devoirs exercés par les parents leurs sont inhérents. Ils sont attachés à la qualité de parent, même s'ils en sont dissociables. Les parents ont une vocation naturelle à exercer l'autorité parentale, ils sont « les défenseurs légaux et les protecteurs naturels de leurs enfants, les titulaires originaires et les dépositaires légitimes de l'autorité parentale »[849]. Ils ont « une vocation première, naturelle, à assurer la protection et l'éducation de l'enfant : les droits des père et mère sont antérieurs à ceux de la société »[850]. Domat exprimait déjà cette idée en écrivant que « par la naissance, Dieu forme l'amour mutuel qui unit les parents à l'enfant (…) [et que] cet ordre de la naissance (…) est le fondement de tous les devoirs »[851]. De même, Merlin énonçait que la puissance paternelle n'est pas une loi qui

[848] J. Hauser : « La notion d'incapacité », *Petites affiches* n° 164 du 17 août 2000, p. 3.
[849] G. Cornu : *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8e éd., 2003, n° 73.
[850] H. Fulchiron, in *Droit de la famille*, Dalloz Action 2001/2002, ss dir. J. Rubellin-Devichi, n° 1845.
[851] J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Cellot, Paris 1777, p. 5, chap. III.

nous vient des hommes car c'est « la nature qui l'a mise au dedans de nous »[852], c'est « la nature elle-même qui a posé les fondements de ce que nous appelons les pouvoirs des père et mère sur leurs enfants »[853]. Ainsi, « les droits des parents sont une conséquence du devoir de protection que la nature leur impose dans l'intérêt des enfants »[854]. L'article 371-1 al. 2 du Code civil poursuit cette idée, lorsqu'il énonce que l'autorité parentale n'est pas accordée aux parents mais qu'elle leur « appartient ». L'autorité parentale préexiste à la société, qui doit la respecter[855].

613. Ainsi, les parents, même mineurs ou majeurs sous tutelle ou curatelle, peuvent exercer ces droits et devoirs dans la mesure où la filiation de l'enfant est établie à leur égard. C'est là le critère de caractérisation de la capacité parentale, comme le laisse déjà entendre les règles de la dévolution[856]. Dès que la filiation est établie, les parents sont présumés avoir la capacité d'exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Un auteur[857] précise cette idée en énonçant à propos de l'autorité parentale que « des pouvoirs sont conférés aux parents, non pas tant en raison de leur simple statut, qu'en raison de la capacité présumée à protéger, élever, épanouir l'enfant, qui découle de ce statut » : à la présomption d'inaptitude de l'enfant correspond une présomption d'aptitude des parents à assurer sa protection. Afin de garantir la protection de l'enfant, il doit cependant être possible de faire tomber cette présomption au motif de la preuve de l'inaptitude de ses parents. En effet, rattachée à la capacité naturelle, la capacité parentale en adopte en partie le régime. Elle est présumée mais peut être renversée par la preuve de l'absence de volonté consciente[858].

614. Le parent civilement incapable peut donc exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant, et ce même s'il effectue dans ce cadre des actes qu'il ne pourrait pas faire pour lui-même. Il est présumé avoir la capacité parentale, nécessaire à l'exercice de ses droits et devoirs. Ce système participe au respect des droits fondamentaux du parent

[852] Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. 10, *Puissance paternelle*, Sect. 1, Garnery et J.-P. Roret, Paris, 5e éd., 1830.
[853] P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 10, p. 536, Paris 1828.
[854] M. de Juglart, « Les droits de puissance paternelle des ascendants », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1938, p. 391, qui renvoie à la conception des rédacteurs du Code civil.
[855] Voir en ce sens l'article 5 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990 : « Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents (…) de donner à [l'enfant] d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente convention ».
[856] *Cf.* article 372 du Code civil et *cf. supra*.
[857] M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, Edition Panthéon-Assas, 2003, n° 3.
[858] Sur la difficulté à annuler les actes passés au titre de l'autorité parentale, *cf. infra* § 1041 s.

incapable. Afin de ne pas porter atteinte à son droit d'exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, il ne faut pas tirer des conséquences directes de son incapacité civile. C'est ce que permet de faire la notion de capacité parentale, tout en garantissant la protection de l'enfant par le caractère simple de la présomption posée.

615. Ainsi, la capacité parentale se rapproche de la capacité naturelle par son caractère présomptif, mais elle n'en épouse cependant pas tout le régime. Alors que l'incapacité naturelle est présumée par l'incapacité civile, cette dernière ne pose pas de présomption d'incapacité parentale.

2. L'absence d'effet de l'incapacité civile sur la capacité parentale

616. Les parents ne sont capables d'exercer l'autorité parentale que s'ils n'ont pas été déclarés incapables de l'exercer. La spécificité de la capacité d'exercer l'autorité parentale, c'est-à-dire de la capacité parentale, apparaît ici en ce que l'incapacité civile n'affecte pas la présomption de capacité parentale. L'incapable civil est en principe capable d'exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant. Cette affirmation se vérifie à travers deux observations.

617. Dans un premier temps, il convient de constater que le régime des incapacités civiles ne prévoit pas de disposition spécifique relative à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne. Les titres dixième et onzième du Code civil relatifs aux mineurs et aux majeurs incapables ne contiennent aucun article instaurant une incapacité ayant trait à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne[859]. Mais ce constat ne suffit pas à caractériser l'absence d'effet de l'incapacité civile sur l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Notamment, le caractère général de l'article 502 du Code civil peut toujours *a priori* se comprendre comme privant le tutélaire de sa capacité en ce domaine.

618. Dans un second temps, pour pouvoir caractériser avec certitude l'absence d'effet de l'incapacité civile en ce domaine et par suite vérifier la distinction entre la capacité civile et la capacité nécessaire à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, il faut constater l'absence de référence au régime des incapacités civiles dans les dispositions ayant

[859] Il en va différemment en ce qui concerne la charge de la tutelle, envisagée à l'article 442.

pour effet de mettre fin à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne par le ou les parents. Il apparaît en effet que les articles 373, 377 al 2 et 378 du Code civil, envisageant la perte, la délégation forcée et le retrait de l'autorité parentale sur la personne, n'ont pas pour cause l'incapacité civile du ou des parents[860].

619. Aux termes de l'article 373 du Code civil, « 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 ». La doctrine[861] et la jurisprudence[862] s'accordent à faire relever de cette disposition les incapacités naturelles et non les incapacités civiles en elles-mêmes. Il n'y a aucun automatisme dans la perte de l'exercice de l'autorité parentale attachée au placement sous un régime de protection des incapables[863], ni aucun effet direct c'est-à-dire de possibilité pour le juge de tirer des conséquences automatiques de l'incapacité civile[864]. Si la tutelle ou la curatelle des majeurs peuvent priver les parents du pouvoir de gérer le patrimoine de l'enfant, leur incapacité civile ne suffit pas à entraîner la perte de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, et ce d'autant plus depuis que le principe est l'exercice en commun[865]. La jurisprudence a ainsi déjà énoncé que le placement d'un père sous curatelle est un « fait insuffisant à faire considérer que celui-ci est inapte à assumer ses responsabilités parentales »[866].

---

[860] Sur ces mesures, voir *infra* 2e partie.

[861] Voir notamment Th. Fossier, « Tutelle. Condition du majeur en tutelle », *J-Cl. civ.*, art. 488 à 514, Fasc. 24, 2001, n° 43 ; H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 293.

[862] TI St Omer, 3 mai 1989 : *JCP* G 1990, II, 21514, note Th. Fossier.

[863] « Le simple fait d'être placé sous un régime de protection des majeurs ne fait pas perdre l'exercice de cette autorité : une chose est d'avoir ses facultés mentales altérées (art. 490), une autre d'être hors d'état de manifester sa volonté. Or la perte de l'exercice de l'autorité parentale est liée à la seconde ». H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 293 ; Voir également J. Massip, *op. cit.*, n° 617.

[864] *Contra* A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, LJNA, 4e éd., 1989, n° 48 p. 35 : pour l'auteur, il est possible de justifier l'incapacité de l'article 373 du Code civil par la production d'un extrait du répertoire civil attestant de la mise sous tutelle. C'est affirmer un effet direct de l'incapacité civile qui n'apparaît pas dans la perte de l'exercice de l'autorité parentale, même s'il correspond le plus souvent à une réalité pratique.

[865] TI St Omer, 3 mai 1989, préc. Voir également CA Paris, 24e ch., section D, 3 juin 1999, Juris-Data 024886, qui applique l'article 373 au motif de l'incompatibilité de l'état physique du père avec l'exercice des droits et devoirs qui découlent de l'autorité parentale et non de son seul placement sous un régime de tutelle.

[866] CA Aix en Provence, 6e ch., A, 4 sept. 1998, Juris-Data n° 043425. Dans le même sens : voir aussi CA Poitiers, ch. civile, 1re section, 15 septembre 1998, Juris-Data n° 112588 (mère sous curatelle) ; CA Orléans, ch. famille, 17 déc. 2002, Juris-Data n° 212048 (père sous curatelle) ; CA Grenoble, 2e ch. civ., 4 avril 2000, Juris-Data n° 119925 (mère sous curatelle) ; CA Orléans, 16 janvier 2002, Juris-Data n° 168381 (mère sous curatelle) ; CA Reims, ch. civ., 2e section, 7 janvier 1994, Juris-Data n° 040239 (père sous curatelle) ; CA Limoges, 1re ch. civ., 10 juin 1993, Juris-Data n° 045532 (mère sous curatelle renforcée) ; CA Rennes, 29 janvier 2001, Juris-Data n° 142419 (mère sous curatelle) ; Voir cependant *contra* mais avec une formulation ambiguë : CA Besançon, 1re ch. civile, 13 septembre 2001, Juris-Data n° 173673, qui après avoir constaté que, en raison de son handicap, un père a été placé sous tutelle, énonce que « ce fait rendant ingérable l'exercice en commun de l'autorité parentale, il y a lieu de confirmer la décision du premier juge et de dire que l'autorité parentale restera exercée par la mère seule, la santé neurologique de son époux n'ayant connu aucune amélioration ». Il est

620. La lecture de l'article 373 ne peut que confirmer cette solution : l'incapacité est certes envisagée comme une hypothèse de perte de l'exercice de l'autorité parentale, mais en ce qu'elle est alors la cause d'une impossibilité pour le parent de manifester sa volonté, comme peut l'être l'absence ou toute autre cause. Or si l'incapacité civile repose sur le jeune âge ou sur une altération des facultés mentales, elle n'est pas toujours la cause d'une impossibilité de manifester sa volonté. La jurisprudence se fait souvent l'écho de cette distinction[867]. Même le placement d'un majeur sous le régime de la tutelle ne peut permettre de faire jouer de plein droit l'article 373 du Code civil[868] : si l'impossibilité de manifester sa volonté est ici présumée, certains actes éminemment personnels sont exclus du domaine de cette présomption, au risque, à défaut, de mettre en place une incapacité de jouissance. La jurisprudence affirme ainsi à juste titre qu'il y a absence d'incompatibilité entre le placement sous tutelle et l'exercice de l'autorité parentale par la mère incapable majeure[869].

621. L'absence d'effet de l'incapacité civile dans la perte de l'exercice de l'autorité parentale s'explique également au regard de l'automaticité de la mise en œuvre de l'article 373, qui se passe en effet du juge. Elle est directement tirée de la loi[870]. La terminologie utilisée révèle d'ailleurs cette automaticité : il s'agit d'une perte et non d'un retrait. La saisine du juge n'a pour objet que de faire constater la perte qui s'est produite dès l'instant où le parent n'a plus été en état de manifester sa volonté. A l'inverse, dès lors qu'il est admis que l'ouverture d'un régime civil de protection, même d'une tutelle des majeurs, ne fait pas obstacle à la preuve d'un intervalle lucide, c'est-à-dire d'une aptitude à manifester sa volonté au moins en ce qui concerne les actes personnels, ce qui inclut les actes relatifs à l'autorité

---

possible ici de comprendre que la Cour d'appel considère la tutelle comme rendant ingérable l'exercice en commun de l'autorité parentale ; et voir également CA Amiens, ch. famille, 24 avril 2002, Juris-Data n° 177423, qui au regard de la curatelle du père, invite les parties à conclure sur le nouvel article 373 né de la rédaction de la loi du 4 mars 2002 alors que le JAF avait accordé l'exercice en commun de l'autorité parentale, laissant ainsi entendre que le placement sous un régime de protection peut correspondre à l'incapacité au sens de l'article 373…

[867] Voir par exemple Cass. 1re civ., 25 mars 1997 : *RTD civ.* 1997, n° 5, p. 634, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. Massip, affirmant qu'il « convient de respecter le choix d'une majeure protégée qui, capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social, et non dépourvue de volonté propre, a émis le souhait de rester près de son père ».

[868] *Contra* A. Raison, n° 48, préc.

[869] CA Paris, 14e ch., section C, 17 janvier 1991 : Juris-Data n° 020158 : « La décision d'ouverture de la tutelle ne porte que sur les biens » de la mère. Elle « ne prive pas automatiquement celui qui y est soumis de l'exercice de l'autorité parentale ».

[870] En ce sens, pour un exemple suite à la détention du père pour une durée indéterminée pour des faits ayant entraîné le décès de la mère, voir Cass. 1re civ., 8 novembre 1982 : *Bull. civ.* I, n° 323 ; *Defrénois* 1983, art. 33082, n° 47, obs. J. Massip ; et Cass. 1re civ., 18 oct. 1978 *: Bull. civ.* I, n° 312. Voir également R. Legeais, *L'autorité parentale*, Defrénois, 1973, n° 101 ; C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron. p. 1s, spéc. n° 75.

parentale, aucun automatisme ne peut être attaché à l'incapacité civile. Il ne faut pas confondre l'incapacité envisagée par l'article 373 du Code civil avec l'incapacité civile. L'impossibilité de manifester sa volonté est la véritable cause de la perte de l'exercice de l'autorité parentale. Si cette impossibilité peut elle-même trouver sa cause dans l'incapacité de l'intéressé, ce n'est pas dans son incapacité civile mais dans son incapacité naturelle. Cette dernière peut être constatée par le juge en cas de contentieux mais existe déjà en dehors de toute procédure judiciaire et produit donc ses effets de plein droit. En d'autres termes, l'automatisme de l'article 373 du Code civil révèle la nature de l'incapacité qui est la cause pour le parent de son impossibilité à exprimer sa volonté quant à l'exercice de ses droits et devoirs au titre de l'autorité parentale : seule l'incapacité naturelle correspond à cette condition, en ce qu'elle existe par elle-même, en dehors de toute décision judiciaire.

622. Cette solution donnée par le droit positif illustre ainsi l'existence d'une distinction entre la capacité nécessaire à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne et la capacité civile, par le constat de l'absence de prise en compte de l'incapacité civile pour la perte de l'exercice de l'autorité parentale. Un constat identique doit être opéré en matière de délégation forcée et de retrait de l'autorité parentale.

623. La délégation forcée de l'autorité parentale est envisagée par l'article 377 al. 2 du Code civil issu de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002[871]. Cette disposition permet au particulier, établissement ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui ont recueilli l'enfant, de saisir le juge afin de se faire déléguer l'exercice de l'autorité parentale, totalement ou partiellement, en cas de désintérêt manifeste des parents[872] ou lorsqu'ils sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. Si ces deux hypothèses peuvent se rencontrer lorsque les parents sont civilement incapables, elles ne sont pas propres à une telle situation. L'incapacité civile n'empêche pas les parents de marquer leur intérêt envers l'enfant, et ne rend pas impossible l'exercice de l'autorité parentale, pas même en partie et ce, bien que la jurisprudence retienne une interprétation extensive de la notion en prononçant la délégation partielle de l'autorité parentale pour un parent inapte à prendre la mesure de ses responsabilités et à répondre aux sollicitations des services sociaux ayant la

[871] JO n° 54 du 5 mars 2002, p. 4161, art. 7
[872] Les deux parents doivent ici se désintéresser de l'enfant, à la différence de la délégation volontaire pour laquelle un seul d'entre eux peut en être à l'origine.

charge effective de l'enfant[873]. L'incapacité civile n'est pas envisagée en elle-même comme cause de la délégation forcée.

624. Le retrait total ou partiel de l'autorité parentale en dehors de toute condamnation pénale est prévu par l'article 378-1 du Code civil pour « 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 ». La seule incapacité civile du ou des parents ne suffit donc pas à justifier une décision de retrait total ou partiel de l'autorité parentale. Même si le placement sous un régime de protection peut concerner des personnes souffrant d'addiction, ou qui manquent de direction, toutes les personnes civilement incapables ne souffrent pas de ces maux ou ne mettent leur enfant manifestement en danger. Ainsi, aux termes de l'article 378-1 du Code civil, deux éléments doivent être réunis : un certain comportement du ou des parents, et une mise en danger manifeste de l'enfant. Le deuxième alinéa prévoit une autre hypothèse, qui réside dans le désintérêt, pendant plus de deux ans, des parents pour leur enfant ayant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative. Aucun de ces deux cas ne fait allusion à l'incapacité civile des parents. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu casser un arrêt de la Cour d'appel de Rennes ayant retiré totalement l'autorité parentale à la mère en application de l'article 378-1 al. 2 alors que la femme présentait des troubles psychiatriques graves et durables ce qui était incompatible avec le caractère volontaire de son abstention. Le placement sous tutelle de la mère n'a pas même été envisagé comme pouvant être une cause de retrait[874]. Aucun lien de causalité direct n'est consacré entre le statut de mineur ou de majeur sous tutelle ou curatelle et la mesure de retrait total ou partiel de l'autorité parentale. Seul le danger manifeste de l'enfant dans sa sécurité, sa santé ou sa moralité doit être pris en compte et la Cour de cassation a déjà énoncé que la fragilité mentale ne suffit pas à caractériser ce danger[875].

---

[873] Cass. 1re civ., 5 avril 2005 : *RJPF* 2005-7-8/51, obs. F. Eudier ; *Dr. famille* juill-août 2005, comm. n° 155, obs. P. Murat. *Cf. infra* § 779.

[874] Cass. 1re civ., 13 janvier 1998, *Dr. famille* juill-août 1998, comm. n° 97, note P. Murat, Juris-Data n° 000265

[875] Cass. 1re civ., 14 juin 1988 : *Bull. civ.* I, n° 186 ; *Defrénois* 1988, art. 34039, p. 1020, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1988, jurisp. p. 797, note J. Massip. Dans le même sens, Cass. 1re civ., 6 mars 2001, *RJPF* 2001-6/35, obs. A.-M. Blanc. Dans le même sens encore, laissant l'exercice de l'autorité parentale à un père préalablement condamné pénalement pour atteinte sexuelle sur sa nièce, un danger actuel dans la sécurité, la santé, ou la moralité de l'enfant consécutif au comportement de leur père n'étant pas démontré : Lyon, 2e ch., 22 mai 2001 : *JCP* G 2002, II, 10177, note Th. Garé.

625. Ainsi, l'incapacité civile n'est à elle seule la cause d'aucune mesure de perte ou de retrait de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Cette observation confirme la solution déjà énoncée, selon laquelle la capacité nécessaire à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne n'appartient pas au domaine de la capacité civile. Il s'agit d'un autre type de capacité, toujours présumée, qu'il est possible de qualifier de parentale.

626. Cette absence de conséquence de l'incapacité civile se retrouve en matière d'autorité parentale sur les biens, même si la solution est alors plus discutée. Les explications en sont cependant différentes.

§ 2. L'exercice de l'administration légale

627. L'exercice de l'administration légale se détache du régime des incapacités en ce qu'il s'analyse comme l'exercice d'un pouvoir et non d'un droit. Or la notion de pouvoir se distingue de celle de capacité : une personne incapable peut exercer un pouvoir[876] (A). Toute personne, même civilement incapable, peut donc *a priori* disposer du pouvoir d'exercer l'administration légale : l'incapacité civile devrait en elle-même être sans effet sur l'exercice de l'administration légale. Mais la solution retenue par le législateur est plus nuancée (B).

A) Le pouvoir d'exercer l'administration légale

628. L'exercice de l'administration légale est lié à l'exercice de l'autorité parentale. Mais à la différence de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, il se pose ici un problème de pouvoir c'est-à-dire d'aptitude à l'exercice d'un pouvoir, et non un problème d'aptitude à l'exercice de droits ou en d'autres termes de capacité. Cette qualification de pouvoir se vérifie à travers les conditions d'exercice (1) et le fonctionnement de l'administration légale (2).

1. Les conditions d'exercice de l'administration légale

629. Aux termes de l'article 383 du Code civil, l'administration légale est exercée conjointement par les père et mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale.

[876] *Cf*. supra § 577 s.

L'article 389 du Code civil reprend cette affirmation et précise que dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale. Autorité parentale sur la personne et autorité parentale sur les biens sont donc le plus souvent liées[877]. Pour exercer l'administration légale, il suffit d'exercer l'autorité parentale. Or il a été observé que si la nécessaire aptitude à exercer l'autorité parentale ne se comprenait pas comme une condition de capacité civile, il était cependant possible de parler de capacité parentale[878].

630. Cette notion de capacité parentale ne peut pas être transposée à l'administration légale. La dissociation opérée entre l'autorité parentale sur la personne et sur les biens révèle la possibilité d'avoir deux régimes distincts. Leur fondement diffère : alors que l'autorité parentale sur la personne est naturelle, l'autorité parentale sur les biens est avant tout légale. C'est le législateur qui l'accorde aux père et mère. L'expression même d'administration « légale » révèle cette origine. D'ailleurs, l'administration légale et l'autorité parentale sur la personne peuvent parfois nettement se distinguer : en effet, si en perdant l'exercice de l'autorité parentale, les parents perdent l'administration légale[879], la perte de l'administration légale peut ne pas s'accompagner de la perte de l'exercice de l'autorité parentale[880].

631. Surtout, l'autorité parentale sur la personne et l'administration légale ne relèvent pas de la même catégorie de droits subjectifs. Il apparaît que la première s'analyse comme un ensemble de droits et la seconde comme un pouvoir[881], et que par suite l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant fait appel à la notion de capacité et l'exercice de l'administration légale à celle de pouvoir-aptitude.

632. En effet, alors que l'autorité parentale sur la personne s'analyse comme l'exercice de droits et devoirs propres aux parents, même s'ils doivent répondre à l'intérêt de l'enfant, l'exercice de l'administration légale consiste à agir au nom et pour le compte de l'enfant. L'administrateur légal engage le mineur par ses actes. La mission de représentation dans les actes civils qui lui incombe aux termes de l'article 389-3 du Code civil révèle l'octroi de ce

[877] Sur les rapports entre l'administration légale et l'autorité parentale, voir M. Bruggemann, « L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
[878] *Cf*. *supra* § 591 s.
[879] Article 389-2 du Code civil.
[880] *Cf*. TI St Omer, 3 mai 1989, préc.
[881] M. Bruggeman, thèse préc., n° 204, parle pour l'autorité parentale de « puissance » reconnue par nature aux père et mère, et de « pouvoir juridique » pour l'administration légale qui leur est par conséquent dévolue.

pouvoir à l'administrateur légal[882]. De même, la gestion du patrimoine des mineurs correspond aux critères de définition de la notion de pouvoir[883]. Le Professeur Michel Grimaldi rappelle ce principe en affirmant, pour approuver le principe de cogestion, que « le parent qui gère les biens de ses enfants mineurs gère les biens d'autrui et non pas ses biens, de sorte qu'une mauvaise gestion peut ne lui causer aucun préjudice »[884]. L'administrateur légal doit gérer le patrimoine du mineur au mieux des intérêts de ce dernier.

633. L'exercice de l'administration légale nécessite donc l'octroi d'un pouvoir. Cette condition d'aptitude se vérifie également dans le fonctionnement de l'administration légale.

2. Le fonctionnement de l'administration légale

634. Plusieurs observations peuvent être effectuées dans le cadre du fonctionnement de l'administration légale pour conforter la qualification de pouvoir retenue pour désigner l'aptitude à exercer l'administration légale.

635. Tout d'abord, il apparaît que les parents ne font que gérer le patrimoine du mineur. Ils n'en sont en aucun cas propriétaires, même s'ils peuvent bénéficier de la jouissance légale. Notamment, l'obligation qui leur est faite dans le cadre de l'administration légale d'agir ensemble pour faire les actes de disposition[885] révèle cette distinction opérée entre leur biens et ceux de leur enfant. C'est parce qu'ils n'ont aucun droit sur ces biens mais seulement des pouvoirs qu'ils doivent agir ensemble ou avec le juge des tutelles.

636. La qualification de pouvoir est même expressément envisagée en ce qui concerne les actes conservatoires et d'administration. En ce cas, l'article 389-4 du Code civil énonce que « dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait

---

[882] Voir cependant J. Hauser, « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale », *in L'autorité parentale en question*, Journées d'étude des 13 et 14 décembre 2001, LERADP, Presses universitaire du Septentrion 2003, spéc. p. 71 et s. Pour l'auteur, l'article 389-3 « recouvre une inexactitude car il ne s'agit pas d'une représentation. L'administrateur légal ne tient pas ses pouvoirs du mineur mais de sa qualité de parent et en conséquence les limites de ses pouvoirs ne dépendent en aucune façon de ceux du mineur ».

[883] *Cf*. supra § 580-581.

[884] M. Grimaldi, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », *Gaz. Pal.* du 11 sept. 1986, doctrine p. 529, n° 119.

[885] Article 457 et 389-7 du Code civil.

besoin d'aucune autorisation ». Cette disposition pose une présomption de mandat entre administrateurs légaux envers les tiers pour la réalisation des actes conservatoires et d'administration. Certes, la portée de ce texte est discutée, notamment quant aux pouvoirs réciproques des parents entre eux[886]. Mais, indiscutablement, il révèle que même lorsque l'administrateur légal agit seul, il exerce un pouvoir, qui lui vient alors à la fois du législateur et d'une convention tacite avec l'autre parent. Le parent qui effectue seul un acte conservatoire ou d'administration agit tant en son nom personnel que comme mandataire de l'autre parent, éclipsant ainsi les règles de la gestion conjointe[887]. Il agit à la fois en vertu du pouvoir d'exercer les droits de l'enfant sur son patrimoine et en vertu du pouvoir d'exercer les prérogatives de l'autre parent. Dans tous les cas, il s'agit de l'exercice d'un pouvoir et non de l'exercice d'un droit, qui fait appel à la notion de pouvoir-aptitude et non à celle de capacité.

637. Enfin, il apparaît que l'administration légale n'est pas seulement un mécanisme de gestion des biens. C'est aussi, voire surtout, un mécanisme de représentation de l'enfant[888]. Affirmée depuis longtemps par la Cour de cassation[889], la qualité de représentant de l'administrateur légal est également expressément reconnue par le législateur. L'article 389-3 du Code civil dispose en effet que « l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise le mineur à agir seul »[890]. Cette représentation peut même parfois ne pas porter sur les biens du mineur, comme l'indique l'article 464 al. 3 du Code civil qui permet à l'administrateur légal d'introduire en justice une action relative à des droits extra-patrimoniaux avec l'autorisation de l'autre parent ou du juge des tutelles. Dans tous les cas, ce système de la représentation révèle la nature de l'administration légale. La représentation est en effet le mécanisme d'exercice d'un pouvoir : « agir par représentation, c'est faire un acte au nom et pour le

---

[886] Voir M. Salvage-Gerest, « Tutelle. Administration légale pure et simple », *J. Cl. civ*., art. 389 à 392, Fasc. 20, 2002, n° 44 ; M. Grimaldi, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », *Gaz. Pal.* du 11 sept. 1986, doctrine p. 529, n° 119 ; F. Zénati, « Législation française et communautaire », *RTD civ.* 1986, p. 201 et s. ; G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes,* sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1989, n° 508 ; P. Conte, « L'article 389-4 du Code civil », *JCP G* 1991, I, 3513 ; G. Rebecq, « L'article 389-4 du Code civil et le conflit parental », *Gaz. Pal.* du 7 décembre 1999, Doctrine p. 1979.

[887] Voir A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989, n° 167 p. 97, qui parle même de « mandataire légal ».

[888] Voir sur ce point, M. Bruggeman, thèse préc., n° 104, qui déduit de la possibilité pour l'administrateur légal de représenter le mineur y compris en matière extra-patrimoniale que le critère de distinction entre l'autorité parentale et l'administration légale ne peut pas être une opposition entre la personne et les biens, mais une différence opérée entre l'immaturité physique et l'incapacité juridique.

[889] Voir déjà Cass. civ., 5 juillet 1847 : *DP* 1848, 1, 148, pour une action en nullité de testament.

[890] *Cf.* J. Hauser, « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale », art. préc.

compte d'autrui, en vertu d'un pouvoir »[891]. Ainsi, lorsque les parents exercent leurs droits et devoirs au titre de l'autorité parentale sur la personne, ils n'agissent pas en représentation de l'enfant mais en qualité de parent. A l'inverse, lorsqu'ils exercent l'administration légale, ils représentent le mineur. Ils se substituent à lui dans l'exercice de ses droits. Ils ne font qu'exercer un pouvoir et ne seront pas les sujets d'imputation de leurs actes. En d'autres termes, ils agissent au nom et pour le compte du mineur, en vertu d'un pouvoir que leur reconnaît le législateur.

638. Ainsi, à travers son fonctionnement, l'administration légale se révèle être un pouvoir. Il s'en suit que l'incapacité civile des père et mère devrait en elle-même être sans effet sur l'exercice de l'administration légale. Mais la solution donnée par le législateur est plus ambiguë.

B) L'effet de l'incapacité civile sur l'exercice de l'administration légale

639. Le principe selon lequel l'incapacité civile des parents est sans effet sur l'exercice de l'administration légale se vérifie tout d'abord par un simple constat. Il apparaît en effet qu'aucune mesure spécifique ne prend en compte l'incapacité civile des parents : il ne peut être possible de priver un individu d'un pouvoir au motif d'une incapacité, celle-ci ne privant l'individu que de son aptitude à exercer un droit. C'est pourquoi aucune des mesures ayant pour effet de retirer à un parent l'administration légale n'a pour cause son incapacité civile. Déjà énoncée pour les mesures de perte ou de retrait de l'autorité parentale qui concerne à la fois la personne et les biens du mineur, à savoir les articles 373, 377 al. 2, et 378-1 du Code civil[892], cette affirmation se vérifie également pour les articles 390 et 391 qui envisagent la perte de l'exercice de l'administration légale[893]. L'article 390 du Code civil ne fait effectivement que déduire de la perte de l'exercice de l'autorité parentale la perte de l'administration légale et l'ouverture de la tutelle. Les causes d'application de cette disposition sont les mêmes que celles de la perte de l'exercice de l'autorité parentale, ce qui exclut tout rôle de l'incapacité civile. Quant à l'article 391 du Code civil, dont le champ d'application est restreint par la doctrine[894] et la jurisprudence[895] au patrimoine du mineur, sa

[891] P. Didier, thèse préc., n° 6.
[892] *Cf*. *supra* § 597 s.
[893] Sur ces mesures, voir *infra* § 1083 s.
[894] Voir notamment J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, vol. 1, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 2004, n° 311 ; M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles*, *Protection juridique et*

mise en œuvre ne répond pas non plus particulièrement à l'incapacité civile des parents, mais plus largement à certaines lacunes parentales dans la gestion du patrimoine de l'enfant.

640. Il faut cependant ensuite faire état de l'article 442 du Code civil. Combiné à l'article 389-7 du Code civil, il conduit à priver le majeur sous tutelle ou curatelle de l'administration légale. Il ne faut pourtant pas y voir un effet de l'incapacité civile en elle-même, mais seulement une ambiguïté dans la solution retenue par le législateur (1), qui s'est montré plus clair à propos du parent mineur (2).

1. Une solution ambiguë pour le majeur incapable

641. L'article 442-2e du Code civil déclare incapables des différentes charges de la tutelle les majeurs en tutelle, les aliénés et les majeurs en curatelle. A la différence du mineur concerné par la même exclusion[896], aucune exception n'est envisagée pour ce qui concerne la charge de la tutelle de ses propres enfants. Cette disposition peut conduire à deux types de développements.

642. Il est tout d'abord possible, sans remettre en cause la qualification d'incapacité, de tenter d'en limiter le domaine d'application. En effet, aux termes de l'article 417 du Code civil, la charge de la tutelle peut, notamment au regard de l'aptitude des intéressés, être divisée par le conseil de famille entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens. En ce cas, le tuteur à la personne assume la direction de la personne du mineur envisagée par l'article 450 al. 1 du Code civil et le tuteur aux biens assure l'administration de ses biens en bon père de famille tel que le prévoit l'alinéa 2 de l'article 450. Le premier peut alors sembler exercer un droit : il a en principe les droits et les devoirs d'un parent exerçant l'autorité parentale,

---

sociale des enfants et des adultes, ESF éditeur, 3e éd., 1999, p. 145 et 201 ; H. Fulchiron et A. Gouttenoire, *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 48 et 50 ; J. Massip, *Les incapacités, Etude théorique et pratique*, *op. cit.*, n° 136 ; C. Geoffroy, « Pour une autre conception de la tutelle des mineurs », *JCP* N 1993, doctrine p. 99. Voir également en ce sens la circulaire du Garde des Sceaux du 1er juillet 1966 : *JO* 7 juillet 1966, n° 10 ; P. Salvage-Gerest, « Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? (à propos de Cass. 1re civ., 24 octobre 2000), *Dr. famille* sept. 2001, chron. n° 19. *Contra* cependant, M. Bruggeman, note sous Cass. 1re civ, 24 octobre 2000 : *Petites affiches* n° 171 du 28 août 2001, p. 5, spéc. n° 22 et s, p. 9.

[895] Cass. 1re civ., 8 novembre 1982 : *Bull. civ.* I, n° 323 ; *Defrénois* 1983, art. 33082, n° 47 et *Gaz. Pal.* 1983, jurisp. p. 517, note Massip ; Cass. 1re civ., 26 juin 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 681, note J. Massip ; Cass. 1re civ., 13 décembre 1994 : *Defrénois* 1995, art. 36024, p. 325, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1995, p. 599, obs. J. Hauser ; Cass. 1re civ., 12 octobre 1999 : *Defrénois* 2000, art. 37173, p. 664, obs. J. Massip. Voir également Cass. 1re civ., 24 octobre 2000 : *Defrénois* 2001, p. 97, note J. Massip ; *JCP G* 2001, II, 10548, note Th. Fossier ; *RJPF* 2000-12/12, p. 9, obs. M. Guilé ; *Petites affiches* n° 171 du 28 août 2001, p. 5, note M. Bruggeman.

[896] *Cf. infra* § 653 s.

notamment les droits de garde, de surveillance, d'éducation même si ces droits n'existent plus en tant que tels[897]. Le second pour sa part exerce un pouvoir : il agit au nom et pour le compte de son pupille, dont il engage le patrimoine. Par conséquent, le choix du terme « incapacité » adopté par le législateur indiquerait que le refus de laisser un majeur sous tutelle, un aliéné ou un majeur sous curatelle assumer une charge tutélaire ne se limite qu'à la tutelle à la personne, c'est-à-dire à l'exercice de droits. Cette solution doit cependant être rejetée. La distinction entre la tutelle aux biens et la tutelle à la personne diffère de celle opérée entre l'administration légale et l'autorité parentale sur la personne. L'article 427 énonce expressément que « la tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique ». Elle ne saurait dont s'analyser comme un droit pour les tuteurs[898]. Le tuteur qui doit prendre soin de la personne du mineur n'est pas titulaire de droit mais exerce simplement une fonction dans l'intérêt de l'enfant. L'autorité parentale a pris fin avec l'ouverture de la tutelle, et seuls les parents, lorsqu'ils exercent l'autorité parentale, sont titulaires de droits et de devoirs. Ainsi, « l'incapacité » envisagée par l'article 442 du Code civil concerne l'ensemble de la tutelle. Le majeur sous tutelle, l'aliéné et le majeur sous curatelle sont déclarés par le législateur « incapables » d'exercer la tutelle aux biens comme la tutelle à la personne.

643. Il est alors ensuite possible de remettre en cause la terminologie utilisée par le législateur. L'incapacité se se définit comme le défaut d'aptitude à l'exercice d'un droit, non d'une charge. Par suite, l'exclusion de la notion de droits pour qualifier la tutelle doit conduire à rejeter la notion d'incapacité pour désigner le défaut d'aptitude nécessaire à son exercice. S'il n'y a pas de droit à exercer, il n'est pas besoin de capacité. Il aurait été préférable de parler de défaut de pouvoir, exprimant ainsi avec clarté l'impossibilité pour les majeurs en tutelle, les aliénés et les majeurs en curatelle d'administrer le patrimoine d'un mineur en qualité de tuteur. Mais il est vrai que cette seconde formulation fait à peine office d'expédient. Elle ne permet pas non plus de priver avec clarté les personnes concernées de la possibilité de diriger la personne du mineur en qualité de tuteur. Peut-être faudrait-il alors énoncer que celles-ci « sont présumées inaptes à assumer les différentes charges de la tutelle », formulation qui permet de regrouper tous les aspects de cette charge, tout en tenant compte de la volonté du législateur de tirer directement conséquence de la tutelle, de la curatelle et de l'aliénation de l'intéressé.

[897] Voir par exemple pour le droit de garde, Cass. civ., 9 février 1965 : *Bull. civ.*, n° 86.
[898] En ce sens, voir J. Carbonnier, introduction à l'ouvrage de P. Blondy et G. Morin, *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, T. 1, Defrénois, 2e éd., 1967, p. 10 et note 1.

644. En effet, cette « incapacité » mise en place par le législateur a pour cause directe la tutelle, la curatelle ou l'aliénation de l'individu majeur. La possibilité de tenir compte de l'incapacité pour interdire l'exercice de la tutelle illustre à nouveau la nature spécifique de cette charge : ce n'est certes pas un droit[899], mais ce n'est pas non plus véritablement un pouvoir. Quant à la formulation retenue, qui met sur un même plan les majeurs sous tutelle ou curatelle et les aliénés, elle semble signifier que peu importe la nature de l'incapacité. L'essentiel est qu'il y ait une altération des facultés au sens de l'article 488, qu'elle ait ou non donné lieu à l'ouverture d'un régime de protection continue. L'éventuel placement sous tutelle pour intempérance, oisiveté ou prodigalité, empêche également l'intéressé d'assumer les charges de la tutelle dans la mesure où le besoin auquel il s'expose est opposé à une bonne exécution des charges de la tutelle. Ainsi, plus que la seule incapacité civile, la cause de l'inaptitude présumée à assumer les charges de la tutelle paraît être l'altération des facultés, c'est-à-dire la cause des régimes civils de protection des majeurs, peu importe qu'il en ait été effectivement ouvert un ou non.

645. Une fois déterminées les causes et les effets de l'article 442-2 du Code civil dans le cadre de la tutelle, la difficulté consiste à s'interroger sur sa possible transposition à l'administration légale. Le législateur n'a en effet pas expressément réglé la difficulté. Deux interprétations peuvent alors être proposées.

646. Il est tout d'abord possible de soutenir que l'article 442-2e du Code civil ne doit pas être appliqué à l'administration légale au motif que l'article 389-7 sur lequel se fonde cette application réserve les droits que les père et mère tiennent de l'autorité parentale, ce qui est le cas de l'administration légale. En effet, l'article 389-7 du Code civil déclare que les règles de la tutelle sont applicables à l'administration légale mais ne peuvent pas porter atteinte « aux droits que les père et mère tiennent du titre *De l'autorité parentale* notamment quant à l'éducation de l'enfant et l'usufruit de ses biens ». Or le titre neuvième du Code civil relatif à l'autorité parentale se découpe en deux chapitres, l'un traitant de l'autorité parentale sur la personne et l'autre de l'administration légale. Aux termes de l'article 389-7, l'application des règles de la tutelle dans le domaine de l'administration légale ne pourrait donc pas limiter les droits que les parents se sont vus reconnaître en vertu du titre 9 du Code civil, ce qui inclut l'aptitude à exercer l'administration légale accordée aux parents par

[899] *Cf. supra*.

l'article 383 dès lors qu'ils exercent l'autorité parentale. C'est en ce sens que se prononce André Raison[900].

647. Cette dernière interprétation de l'article 389-7 du Code civil présente cependant la difficulté d'instaurer une différence très tranchée entre le régime de la tutelle et celui de l'administration légale. Selon cette opinion en effet, le majeur sous tutelle, curatelle ou aliéné ne peut pas être tuteur mais peut être administrateur légal de son enfant. Pourtant, le système de la tutelle offre un encadrement plus fort, notamment par le juge des tutelles, et donc mieux adapté à l'incapacité du tuteur. Par suite, il est surprenant de confier à des parents civilement incapables la charge dans laquelle ils sont le plus autonomes tout en leur refusant celle ou ils sont le plus contrôlés. Une telle solution est contraire au principe « qui peut le plus peut le moins »[901]. Mais cette distinction paraît d'un autre côté amplement justifiée : la tutelle est une protection due à l'enfant, une charge publique qui ne doit pas être apparentée à l'administration légale. L'aptitude nécessaire à l'exercice de l'une et de l'autre peut être différente.

648. Dans cette hypothèse, il faudrait donc admettre que le majeur sous tutelle, l'aliéné ou le majeur sous curatelle peuvent être administrateurs légaux. Mais il est possible de s'interroger sur la nécessité de distinguer le tutélaire et le curatélaire ou l'aliéné. En effet, le raisonnement tenu par André Raison est relatif à un majeur sous curatelle. Il est vrai que la logique voudrait qu'une personne placée sous tutelle, c'est-à-dire qui a besoin d'être représentée « d'une manière continue dans les actes de la vie civile »[902], ne puisse pas elle-même représenter le mineur « dans tous les actes civils »[903]. Si la théorie conduit sans difficulté à distinguer l'exercice des droits propres à l'incapable, assuré ici en représentation par le tuteur du fait de l'incapacité de l'intéressé à les exercer lui-même, de l'exercice des droits de l'enfant sur son patrimoine, en son nom et pour son compte, qui relève du domaine du pouvoir et est détaché de la condition de capacité, il paraît difficile d'envisager la mise en œuvre pratique de cette distinction. Par exemple, comment un majeur sous tutelle pourra effectivement représenter l'enfant mineur lorsqu'il n'est pas apte à exprimer la moindre volonté consciente ? L'aptitude à exercer un tel pouvoir ne semble donc pas se trouver chez

[900] A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989, n° 152 et 160. L'auteur ne raisonne cependant que sur l'hypothèse d'un majeur en curatelle. Voir d'ailleurs pour un cas de prodigalité : Cass. civ., 10 novembre 1897 : *DP* 1898, 1, 310.
[901] Voir H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 372 p. 741.
[902] Article 492 du Code civil.
[903] Article 389-3 du Code civil.

un tel majeur. Si tous les majeurs sous tutelle ne sont pas toujours dans l'impossibilité d'exprimer une volonté consciente, c'est surtout le majeur placé sous curatelle, dont les facultés sont par hypothèse moins altérées, qui peut prétendre à une telle aptitude.

649. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le Tribunal d'instance de Saint Omer le 3 mai 1989[904] en refusant à un majeur placé sous tutelle la possibilité d'être administrateur légal. Cette solution s'explique cependant cette fois par une autre interprétation de l'article 389-7 du Code civil.

650. Il est en effet ensuite possible de déduire de l'article 389-7 du Code civil, disposant que les règles de la tutelle sont applicables à l'administration légale, que l'article 442-2e interdit aux majeurs sous tutelle ou curatelle et aux aliénés d'être administrateurs légaux. Selon cette conception, « l'incapacité » envisagée à l'article 442-2 du Code civil s'applique aussi bien à la tutelle qu'à l'administration légale. Le Tribunal d'instance de Saint Omer peut ainsi expressément énoncer que l'exclusion des charges tutélaires prévue à l'article 442-2e s'applique à l'administration légale. Tout en refusant la charge d'administrateur légal à des parents placés sous tutelle, le juge décide que « dans un premier temps, seule la tutelle aux biens de l'enfant doit être organisée, sans que les parents perdent automatiquement les prérogatives liées à leurs droits d'autorité parentale quant à la personne de l'enfant du seul fait qu'ils font l'objet l'un et l'autre d'une mesure de tutelle ». Dans cette hypothèse, l'incapacité civile fait donc perdre le pouvoir de représenter le mineur dans les actes civils et notamment de gérer son patrimoine, que cette représentation et cette gestion soient effectuées en qualité de tuteur ou d'administrateur légal, mais reste sans effet sur les droits et devoirs exercés pour assurer la protection de sa personne en qualité de parent c'est-à-dire au titre de l'autorité parentale.

651. Il apparaît ainsi, en application des articles 389-7 et 442-2e du Code civil, que le majeur sous tutelle, l'aliéné, et le majeur sous curatelle ne peuvent ni assumer de charges tutélaires, ni exercer l'administration légale. Cette « incapacité » envisagée par le législateur n'a cependant pas pour cause l'incapacité civile en elle-même, mais les causes de celle-ci. En mettant sur le même pied les incapacités civiles et l'aliénation, c'est-à-dire une incapacité naturelle, le législateur exprime le souhait de rapprocher ces deux régimes. En envisageant

[904] TI St Omer, 3 mai 1989 : *JCP* G 1990, II, 21514, note Th. Fossier.

expressément l'aliénation, il met en évidence la véritable cause de l'impossibilité à exercer la tutelle ou l'administration légale : l'altération des facultés, qu'elle soit présumée ou non. Cette cause présume de l'impossibilité d'assumer les charges tutélaires ou d'exercer l'administration légale, peu importe qu'elle ait donné lieu à l'ouverture d'un régime de protection continue ou non. Il faut en déduire que la preuve de l'aptitude à exercer ces fonctions ou pouvoirs pourrait être rapportée pour éviter l'application de ces dispositions. En d'autres termes, que le parent majeur soit sous tutelle, sous curatelle ou simplement aliéné, il est présumé ne pas pouvoir exercer l'administration légale, mais la preuve de son aptitude à exprimer une volonté consciente et à gérer le patrimoine du mineur peut conduire à lui restituer cette prérogative, sans qu'il soit toutefois nécessaire de faire appel aux articles 501 ou 511 du Code civil.

652. Le législateur fait donc preuve d'une formulation bien ambiguë pour savoir si le majeur sous tutelle ou curatelle peut exercer l'administration légale, au risque de laisser penser que l'incapacité civile jouerait en elle-même. La solution est plus clairement énoncée pour l'incapable mineur.

2. Une solution certaine pour le mineur incapable

653. L'article 442-1e du Code civil, après avoir affirmé « l'incapacité » des mineurs à assumer les différentes charges de la tutelle, réserve le cas des père et mère. Ainsi, il ne fait nul doute que le parent incapable mineur peut être tuteur de son enfant lorsqu'une tutelle est ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil[905]. Rien ne lui interdit également de faire partie du conseil de famille ou même d'être subrogé tuteur, même si cette dernière hypothèse n'est que théorique : si le mineur est jugé apte par le conseil de famille à être subrogé tuteur, il sera également apte à assumer les fonctions même de tuteur de son enfant. Deux enseignements peuvent être tirés de cette disposition.

654. Tout d'abord, il convient de remarquer que le législateur, avec l'article 442-1e du Code civil, accorde par exception aux père et mère mineurs la possibilité d'exercer la tutelle de leur enfant. Le principe consiste donc, comme pour les majeurs, à leur refuser la possibilité

[905] L'alinéa 3 de l'article 391 donne en effet la possibilité au conseil de famille de nommer comme tuteur l'administrateur légal. Tel peut être le cas lorsque le patrimoine est très important et que l'administrateur légal n'est pas apte à l'administrer en bon père de famille.

d'assumer les charges de la tutelle. Cette « incapacité » se justifie de la même façon que pour le majeur sous tutelle, sous curatelle ou aliéné : ce n'est pas le statut de mineur qui pose difficulté, mais le défaut d'aptitude lié au jeune âge. C'est pour cette raison que le mineur peut exercer la tutelle sur ses propres enfants : la parenté permet ici de présumer de l'aptitude à administrer le patrimoine de son enfant et à le représenter dans les actes de la vie civile.

655. Cette exception envisagée par le législateur pour les père et mère mineurs contredit la solution retenue pour les majeurs, notamment sous tutelle. En effet, là où le majeur sous tutelle ne peut en principe exercer la charge de la tutelle de son enfant, ni même l'administration légale, du fait de la contradiction à le voir représenter autrui dans les actes de la vie civile alors que lui-même doit être représenté dans le même type d'acte, le parent mineur peut quant à lui représenter son enfant tout en étant représenté lui-même. Alors que la parenté suffit à mettre fin à la présomption d'inaptitude liée au jeune âge, au moins pour ce qui concerne l'exercice de la tutelle sur son propre enfant, il n'en est donc pas de même en cas de tutelle, de curatelle, ou d'aliénation, où seule la preuve de l'aptitude peut permettre d'éviter l'application de « l'incapacité » posée par l'article 442-2e du Code civil.

656. Cette contradiction apparaît encore plus nettement lorsque le parent mineur est émancipé puis placé sous tutelle ou curatelle, en ce qu'elle est à l'origine d'une complexification extrême du système. En effet, aux termes de l'article 494 al. 1 du Code civil, le régime de la tutelle peut concerner le mineur émancipé. Il en est de même de la curatelle, qui selon l'article 509 du Code civil s'ouvre de la même manière que la tutelle. Dans cette hypothèse, il est intéressant de s'interroger sur la possibilité pour un tel individu d'assurer les charges de la tutelle ou de l'administration légale de son propre enfant. En d'autres termes, faut-il appliquer l'article 442-1e ou l'article 442-2e du Code civil, c'est-à-dire faire primer le statut de mineur ou celui de tutélaire ou curatélaire ? D'un côté, il semble que l'article 442-1e vise le mineur au sens large[906]. Ainsi, le mineur, même émancipé, reste un mineur et est alors inclus dans le terme général de l'article 442-1e. Mais d'un autre côté, aux termes de l'article 481 du Code civil, « le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile ». Il doit donc être traité comme un majeur, et ne relève alors plus des dispositions qui concernent les mineurs. C'est en faveur de cette assimilation que se prononce

[906] En ce sens, A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989, n° 203 p. 112.

le conseiller Jacques Massip, arguant de la souplesse d'une telle solution[907]. C'est également en ce sens que s'est prononcé le conseil de famille de Valenciennes le 23 septembre 1969, en décidant, avec l'approbation du juge des tutelles, d'émanciper une jeune fille qui venait de perdre sa mère déjà veuve et de lui confier la tutelle de ses frères et sœurs, l'assimilant ainsi à une personne majeure[908]. Ainsi, le mineur émancipé doit être assimilé à un majeur pour ce qui concerne l'aptitude à assumer une charge de tutelle. Cette solution, si elle peut conduire à faire assumer la charge de la tutelle là où un mineur non émancipé ne le pouvait pas, doit également donner lieu au refus de confier la tutelle à un mineur émancipé placé sous tutelle, sous curatelle, ou aliéné. La présomption d'aptitude que connaît le mineur quant à l'exercice de la tutelle sur son propre enfant doit s'effacer devant la présomption d'inaptitude liée au placement sous tutelle, sous curatelle ou plus généralement à l'aliénation.

657. Cette dernière solution, par laquelle le régime de l'incapacité liée au placement sous un régime de protection des majeurs prime sur le statut de mineur émancipé, est propre aux difficultés liées à la paternité et à la maternité. Il apparaît en effet dans d'autres domaines que la solution inverse doit être retenue. Ainsi, à titre d'exemple, un mineur émancipé sous curatelle ne peut toujours pas être commerçant[909], alors qu'un majeur placé sous curatelle le peut.

658. Le second enseignement qu'il est ensuite possible de tirer de l'article 442-1e du Code civil consiste à transposer cette disposition en matière d'administration légale par le jeu de l'article 389-7 du Code civil. Autrement dit, si les père et mère mineurs peuvent être tuteurs de leur enfant, ils doivent également pouvoir exercer l'administration légale. Il n'est pas question ici de reprendre la discussion opérée pour les majeurs. En effet, l'article 389-7 du Code civil permet de transposer à l'administration légale toutes les règles de la tutelle. La réserve faite des règles qui portent préjudice aux droits que les père et mère tiennent au titre de l'autorité parentale ne joue pas ici : le principe posé par l'article 442-1e du Code civil ne vient pas restreindre les droits des parents à exercer la tutelle, mais au contraire à leur en reconnaître par exception. Ainsi, l'application combinée des articles 389-7 et 442-1e permet sans difficulté d'affirmer que les père et mère mineurs peuvent exercer l'administration légale. Leur incapacité civile est sans effet sur l'exercice de l'administration légale.

[907] J. Massip, *Les incapacités, Etude théorique et pratique*, *op. cit.* n° 163.
[908] Conseil de famille, Valenciennes, 23 septembre 1969 : *Defrénois* 1970, art. 29601, p. 666, note J. Massip.
[909] Article 487 du Code civil.

659. Pouvant être administrateur légal, le parent mineur bénéficie par suite, aux termes de l'article 383 du Code civil, de la jouissance légale, et ce quel que soit son âge. Il peut donc à titre d'exemple percevoir les revenus de son enfant, et ce même s'il ne perçoit pas les siens propres. Cependant, l'importance de cette jouissance doit être nuancée. Par hypothèse, l'enfant dont il est ici question est très jeune. Son patrimoine ne sera que très exceptionnellement important, et la jouissance légale également. Le point le plus important réside en réalité dans la charge de jouissance envisagée par l'article 385-2e du Code civil, c'est-à-dire la nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant selon sa fortune. Proche de l'obligation à laquelle sont tenus les parents en vertu de l'article 203 du Code civil, l'exercice de cette charge nécessitera souvent en pratique un certain encadrement, assuré par l'autre administrateur légal, le juge ou les organes de protection du parent mineur[910].

660. Ainsi, l'incapacité civile des père et mère produit un effet nuancé sur l'exercice de l'administration légale. La solution donnée par le législateur manque de clarté. Il serait préférable de faire directement référence à l'aptitude des père et mère, sans passer par l'incapacité civile et donc sans créer de distinction injustifiée.

661. Lorsqu'il est administrateur légal, le parent incapable est responsable de sa gestion. Il doit administrer en bon père de famille[911]. Appréciée *in abstracto*, cette responsabilité peut être lourde pour le parent incapable, mais ne pose pas de difficulté particulière. Il en va différemment de la responsabilité civile attachée à l'exercice de l'autorité parentale fondée sur l'article 1384 al. 4 du Code civil. Si les père et mère, même incapables, sont présumés aptes à exercer l'autorité parentale sur la personne de leur enfant, ils doivent en supporter les conséquences.

[910] *Cf. infra* § 725.
[911] Article 450 al. 2 du Code civil.

Section 2 : La responsabilité civile du parent incapable : conséquence de l'exercice de l'autorité parentale

662. Le respect des droits fondamentaux du parent incapable conduit à lui laisser l'exercice de ses droits et devoirs parentaux, c'est-à-dire l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant. Ces droits et devoirs ont cependant un corollaire, envisagé à l'article 1384 al. 4 du Code civil : « le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ». Dans la mesure où l'incapacité n'empêche pas les père et mère d'exercer l'autorité parentale, elle n'interdit pas non plus de leur faire assumer cette responsabilité. Aucune des conditions de la responsabilité parentale ne fait référence à l'exigence d'une capacité de la part des parents (§ 1). L'existence d'un régime de protection soulève cependant une difficulté supplémentaire, en ce qu'elle conduit à cetaines inégalités quant à la mise en jeu de la responsabilité des protecteurs du parent incapable (§ 2).

§ 1. L'absence de condition de capacité

663. La responsabilité civile parentale s'analyse comme l'effet de droit imputé aux parents, mais produit par un fait juridique réalisé par l'enfant[912]. La capacité des père et mère n'en est pas une condition. Le statut d'incapable, comme les causes de cette incapacité, ne font pas obstacles à la mise en jeu de la responsabilité. Ainsi, l'incapacité du parent ne joue pas sur les conditions propres à la responsabilité parentale (A) et aucune condition de discernement n'est exigée (B).

A) L'absence d'effet de l'incapacité sur les conditions de la responsabilité parentale

664. La responsabilité civile des parents du fait de leur enfant suppose la réunion de quatre conditions : la minorité de l'enfant[913], l'exercice de l'autorité parentale par les parents, la cohabitation de l'enfant avec ses parents, et un fait de l'enfant. A l'évidence, l'incapacité

[912] *Cf*. M. Storck, *op. cit*., n° 163.
[913] Qui ne doit pas non plus être émancipé : article 482 du Code civil.

du ou des parents n'a rien à voir avec l'âge de l'enfant. L'étude des autres conditions conduit à la même solution. Un parent incapable peut exercer l'autorité parentale et cohabiter avec son enfant (1). Quant au fait de l'enfant, il n'est bien sûr pas non plus lié à une condition de capacité des parents. Mais la possibilité de le retenir même s'il n'est pas fautif va dans le sens d'une objectivation toujours plus poussée de la responsabilité parentale et illustre le danger qu'il peut y avoir à retenir la responsabilité d'un parent incapable privé de discernement, et donc par suite le risque attaché à l'exercice de l'autorité parentale par un parent incapable (2).

1. L'exercice de l'autorité parentale et la cohabitation avec l'enfant

665. La condition d'exercice de l'autorité parentale ne pose pas de difficulté. Les père et mère exerçant l'autorité parentale ont des droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation[914]. C'est pour ces motifs qu'ils sont responsables des faits de leur enfant. La disparition de la nécessité d'une faute de leur part[915] n'a pas modifié ce fondement, mais déduit de ces attributs une responsabilité de plein droit. L'alinéa 4 de l'article 1384 est très clair sur ce point : c'est « en tant qu'ils exercent l'autorité parentale » que les parents sont responsables.

666. L'absence de conséquence directe de l'incapacité civile des parents sur le principe de l'exercice de l'autorité parentale ayant été vérifiée[916], il s'en suit que cette première condition de la responsabilité peut être remplie même lorsque le parent est incapable. Il convient également de remarquer que lorsque le parent perd l'exercice de l'autorité parentale mais en conserve la titularité, comme ce peut être le cas sur le fondement de l'article 373 du Code civil au regard de son incapacité naturelle, il ne pourra pas être déclaré civilement responsable[917]. L'application de l'article 373 du Code civil évite ainsi la mise en jeu de la responsabilité de parents qui n'ont pas l'aptitude suffisante pour exercer correctement leurs prérogatives, notamment quant à la surveillance de leur enfant.

---

[914] droits qui n'existent plus en tant que tels depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

[915] Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *Bull. civ.* II, n° 56, p. 32 ; *JCP* G 1997, II, 22848, concl. R. Kessous, note G. Viney ; *D.* 1997, jurisp. p. 265, note P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1997, 1, 572, note F. Chabas ; *Petites affiches* n° 111 du 15 septembre 1997, p. 12, note M.-C. Lebreton ; *RTD civ.* 1997, p. 648, obs. J. Hauser, et p. 668, obs. P. Jourdain ; *Dr. famille* juin 1997, comm. n° 83, obs P. Murat ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 11e éd., n° 208-209.

[916] *Cf. supra*.

[917] Voir pour la conséquence de l'absence de décision judiciaire attribuant l'exercice de l'autorité parentale, Cass. crim., 5 novembre 1986 : *JCP* G 1988, II, 21064, note H. Fulchiron.

667. Pour être responsable, le parent qui exerce l'autorité parentale doit également cohabiter avec l'enfant. Maintenue comme condition de la responsabilité parentale malgré l'abandon de la faute, cette cohabitation doit être juridique et non plus matérielle. Le même jour que l'arrêt Bertrand, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a expressément énoncé que l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement ne fait pas cesser la cohabitation de l'enfant avec celui de ses parents qui exerce le droit de garde, autrement dit qui exerce l'autorité parentale[918]. La condition de communauté d'habitation posée par l'article 1384 al. 4 du Code civil est aujourd'hui induite de la résidence habituelle[919]. Le titulaire d'un droit de visite n'est pas cependant hors de cause : sa responsabilité pour faute peut être établie sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ainsi, le droit de visite ne fait pas cesser la responsabilité solidaire des deux parents[920]. Cette idée est importante dans la mesure où lorsqu'un seul des parents est incapable, il apparaît que si son placement sous un régime civil de protection des incapables ne suffit pas en soi à le priver de l'exercice de l'autorité parentale, il ne se voit le plus souvent accordé qu'un droit de visite et d'hébergement, parfois même réduit, la résidence habituelle étant confiée à l'autre parent[921]. Ainsi, dans tous les cas, l'incapacité des parents ne fait pas obstacle à la mise en jeu de leur responsabilité.

668. A côté de ces conditions indifférentes à la capacité du ou des parents, il en est une autre : l'exigence d'un fait de l'enfant. A l'évidence, cette condition est également sans rapport avec le placement ou non des parents sous un régime de protection des incapables. Mais la possibilité de retenir un fait non fautif et la facilité qui en découle pour mettre en jeu la responsabilité parentale conduisent à faire plusieurs remarques lorsque les parents sont incapables.

2. Le fait de l'enfant

669. Les père et mère sont responsables « du dommage causé par leur enfant ». Aujourd'hui, cette condition consiste à exiger un comportement causal, même non fautif de

[918] Cass. 2e civ., 19 février 1997, Samda : *Bull. civ.* II, n° 55 ; *Gaz. Pal.* 1997, jurisp. p. 575, note F. Chabas ; *RTD civ.* 1997, p. 670, obs. P. Jourdain ; *Dr. famille* juill-août 1997, comm. n° 97, obs. P. Murat.
[919] Cass. 2e civ., 20 janvier 2000 : *Bull. civ.* II, n° 14 ; *D.* 2000, Somm. 469, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 340, obs. P. Jourdain ; *JCP* G 2000, I, 241, n° 20, obs. G. Viney et II, 10374, note A. Gouttenoire-Cornut.
[920] CA Besançon, 11 février 1998 : *JCP* G 1998, II, 10150, note C. Philippe ; et voir également les obs. de P. Jourdain, sous Cass. 2e civ., 20 janv. 2000 : *RTD civ.* 2000, p. 341.
[921] Voir à titre d'exemple : CA Lyon, 2e ch., 6 juin 2000 : Juris-Data n° 123034 (restriction mais exercice de son droit de visite par le père sous tutelle) ; CA Grenoble, 2e ch. civ., 4 avril 2000 : Juris-data n° 119925 (exercice de son droit de visite et d'hébergement par la mère sous curatelle et résidence habituelle chez le père).

l'enfant[922]. Il suffit qu'il ait causé le dommage, même si son fait n'est pas illicite, c'est-à-dire même s'il n'est pas générateur de responsabilité. Les parents peuvent être responsables là où l'enfant ne l'est pas. La victime n'a alors d'autre choix que d'agir contre les parents.

670. Cette solution va dans le sens d'une objectivation toujours plus poussée de la responsabilité parentale. Après l'abandon de la possibilité pour les parents de s'exonérer par la preuve de l'absence de faute, la jurisprudence facilite encore l'action pour la victime en lui permettant d'être indemnisée là où la majorité de l'auteur du dommage aurait fait obstacle à toute réparation. Ce système, qui peut paraître « injuste et contraire à toute logique »[923], pose plus particulièrement deux difficultés lorsque les parents sont incapables.

671. Une première difficulté est d'ordre pratique. La mise en jeu de la responsabilité parentale perd sensiblement de son intérêt lorsque les parents sont incapables. Il apparaît en effet qu'ils ne seront souvent guère plus solvables que leur enfant. En 1993, un auteur remarquait que 45 % des incapables majeurs ont un patrimoine actif de moins de 20 000 francs, 80 % de moins de 50 000 francs, et seulement 1 % de plus de 200 000 francs, soit beaucoup moins que les moyennes nationales[924]. Si ce risque n'est pas propre à la situation dans laquelle les parents sont incapables et n'empêche pas la mise en jeu de la responsabilité, il peut rendre l'action inefficace. La doctrine prônant l'assurance parentale obligatoire prend ici tout son sens[925]. Un tel système permettrait de répondre à la fois au souci d'indemniser la victime et à celui de protéger le patrimoine du parent incapable.

672. Une seconde difficulté est d'ordre plus théorique. Lorsque l'enfant auteur du dommage n'est pas lui-même responsable, il est possible de parler pour les parents non plus

---

[922] Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *Bull. civ.* II, n° 96, *D.* 2001, p. 2851, rapport P. Guerder et note O. Tournafond, et Somm. 1315, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2001, p. 601, obs. P. Jourdain ; *Defrénois* 2001, art. 37423, p. 1275, obs. E. Savaux ; *JCP* G 2001, I, 124, obs. G. Viney et II, 10613, note J. Mouly ; Et Cass. ass. plén., 13 décembre 2002 : *JCP* G 2003, II, 10010, note A. Hervio-Lelong et I, 154, obs. G. Viney ; *D.* 2003, 231, obs. P. Jourdain. Voir déjà Cass. ass. plén., 9 mai 1984, Fullenwarth : *D.* 1984, jurisp. p. 525, concl. J. Cabannes et note F. Chabas ; *JCP* G 1984, II, 20255, note N. Dejean de la Bâtie ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* T. 2, 11e éd., n° 208-209.

[923] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, Armand Colin, 11e éd., 2005, n° 197, p. 202.

[924] Th. Fossier, *in* « 25 ans de protection des majeurs », *JCP* N 1993, doctrine p. 164.

[925] Voir notamment en ce sens, Y. Lambert-Faivre : « Les assurances obligatoires », in *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1997, p. 541, spéc. p. 548.

de responsabilité pour autrui, mais de responsabilité directe[926]. Cette objectivation extrême de la responsabilité rend dangereuse l'exercice de l'autorité parentale par les parents. Dès lors qu'ils exercent ces prérogatives, ils sont censés devoir assumer le comportement dommageable de leur enfant. Cette solution, qui pourrait de prime abord conduire à émettre plus de réserves pour laisser l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant aux parents incapables, va dans le sens des solutions retenues en la matière. L'essentiel pour exercer l'autorité parentale consiste à avoir l'aptitude à exprimer une volonté consciente et à comprendre la portée des décisions prises dans l'intérêt de l'enfant. A défaut, l'application de l'article 373 du Code civil prive le parent de ses prérogatives et donc du risque qui y est attaché, c'est-à-dire du risque de voir sa responsabilité civile engagée. Par suite, ne peut être responsable de son enfant que le parent qui dispose de la capacité naturelle pour exercer l'autorité parentale.

673. Face à cette nécessaire capacité naturelle exigée à travers la possible mise en œuvre de l'article 373 du Code civil, les conséquences de l'abandon par le législateur puis la jurisprudence de toute référence au discernement pour mettre en jeu la responsabilité de l'individu, ainsi que l'objectivation de la responsabilité parentale, perdent de leur importance.

B) L'absence de condition de discernement

674. Aux termes de l'article 489-2 du Code civil, « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation »[927]. De ce principe posé par la loi du 3 janvier 1968, la jurisprudence en a déduit l'absence de condition de discernement, permettant de retenir la responsabilité civile de l'*infans* comme celle du malade mental (1). Le domaine d'application de cette disposition et le principe qui en a été tiré s'étendent à la responsabilité parentale, même si aujourd'hui le caractère objectif de cette responsabilité parentale rend l'extension superflue (2).

---

[926] En ce sens, P. Jourdain, note sous Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, préc., et J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 197 p. 203, qui parlent même d'abandonner le terme de « responsabilité » pour lui substituer celui de « mécanisme d'indemnisation ».

[927] Sur cet article et sa portée, voir notamment : J.-F. Barbieri, « Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile ; l'incidence de l'article 489-2 après une décennie », *JCP* G 1982, I, 3057 ; J.-J. Burst, « La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *JCP* G 1970, I, 2307 ; N. M. K. Gomaa, « La réparation du préjudice causé par les malades mentaux », *RTD civ.* 1971, p. 29 ; R. Savatier, « Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil », *D.* 1968, chron. p. 109, n° 9 et s. ; Ph. Le Tourneau, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP* G 1971, I, 2401 ; G. Viney, « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », *RTD civ.* 1970, p. 251.

1. Un principe tiré de l'article 489-2 du Code civil

675. L'absence de condition de capacité pour retenir la responsabilité parentale tient également à l'indifférence du législateur et de la jurisprudence aux causes possibles de la perte de capacité. En d'autres termes, en posant l'article 489-2 du Code civil qui permet de retenir la responsabilité civile malgré le trouble mental, et en tirant de cette disposition le principe général de l'absence de condition de discernement, le législateur puis la jurisprudence ont rendu possible la responsabilité civile de l'incapable majeur et de l'incapable mineur. Leur statut d'incapable, comme les causes de cette incapacité, sont sans effet.

676. De prime abord, l'application de l'article 489-2 du Code civil pouvait sembler être limitée aux majeurs atteints d'un trouble mental, dans la mesure où ce texte a été adopté dans le cadre d'une réforme des régimes de protection des majeurs incapables. Mais sa formulation permet d'écarter cette réserve : « celui qui a causé un dommage » ne distingue pas selon l'âge de l'intéressé. La jurisprudence a ainsi rapidement décidé que tous les individus atteints d'un trouble mental, qu'ils soient mineurs ou majeurs, relèvent de l'article 489-2 du Code civil[928].

677. La Cour de cassation a ensuite admis la responsabilité des enfants en bas âge, c'est-à-dire des *infans*[929]. La Cour énonce alors expressément que la faculté de discernement n'est pas nécessaire pour être déclaré civilement responsable. La jurisprudence déduit ainsi de l'article 489-2 un principe général selon laquelle la faute est toujours objective.

678. L'*infans*, le mineur et l'aliéné peuvent donc être civilement responsables, comme tout individu. Ce principe prend tout son sens lorsqu'il est appliqué à la responsabilité pour faute. Il perd son utilité lorsqu'il est transposé aux responsabilités objectives, ce qui est le cas de la responsabilité parentale.

---

[928] Cass. 1re civ., 20 juillet 1976 : *Bull. civ.* I, n° 270 ; *JCP* G 1978, II, 18793 (1re espèce), note N. Dejean de la Bâtie ; *RTD civ.* 1976, p. 783, n° 5 bis, obs. G. Durry ; *Defrénois* 1977, art. 31343, p. 401, n° 14, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* G 1979, I, 2953, n° 125 s, obs. F. Chabas.

[929] Cass. ass. plén., 9 mai 1984, Derguini et Lemaire : *JCP* G 1984, II, 20256, note P. Jourdain ; *D.* 1984, p. 525, concl. J. Cabannes et note F. Chabas ; *RTD civ.* 1984, n° 2, p. 508, obs. J. Huet ; *Defrénois* 1985, art. 33508, p. 557, obs. R. Legeais ; G. Viney, « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP* G 1985, I, 3189 ; H. Mazeaud, « La faute objective et la responsabilité sans faute », *D.* 1985, chron. p. 13 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 11e éd., n° 186.

2. L'application de l'article 489-2 du Code civil à la responsabilité parentale

679. La question de la transposition de l'article 489-2 du Code civil à la responsabilité parentale avait un sens lorsque les parents pouvaient encore s'exonérer par la preuve d'une absence de faute. La soumission de l'article 1384 al. 4 au régime de la faute conduisait alors, en cas de refus d'application de l'article 489-2, à exiger une condition d'imputabilité.

680. Avant même l'abandon de la condition de faute[930], la jurisprudence avait admis que l'article 489-2 du Code civil devait s'appliquer à toutes les responsabilités prévues aux articles 1382 et suivants[931]. Ainsi déjà, les parents mineurs et majeurs pouvaient être responsables des faits de leur enfant même s'ils étaient atteints d'un trouble mental, autrement dit même s'ils étaient privés de leur faculté de discernement. Les causes possibles d'un placement sous un régime de protection étaient déjà sans effet.

681. Aujourd'hui, le caractère objectif de la responsabilité parentale permet d'affirmer avec certitude que les parents même incapables et quelle que soit la cause de leur incapacité, sont civilement responsables des faits même non fautifs de leur enfant mineur non émancipé, dès lors qu'ils exercent l'autorité parentale et cohabitent avec lui. La transposition de l'article 489-2 est inutile : les parents sont responsables sans faute, donc sans imputabilité, donc sans qu'il soit besoin de savoir s'ils ont conscience ou non de leurs actes.

682. Ainsi, les père et mère mineurs ou majeurs sous tutelle ou curatelle sont civilement responsables des faits de leur enfant sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil. Ce principe ne pose maintenant plus aucune difficulté. Sa mise en œuvre est cependant plus délicate. L'existence d'un régime de protection, plus exactement l'existence d'organes de protection, peut conduire à une superposition de responsabilités du fait d'autrui, voire éventuellement à un conflit qu'il faut résoudre. Il apparaît alors que les responsabilités des différents organes de protection sont inégales.

---

[930] Par l'arrêt Cass. 2e civ. 19 février 1997, Bertrand préc.

[931] Cass. 1re civ., 4 mai 1977 : *Bull. civ.* I, n° 113, p. 79 ; *D.* 1978, jurisp. p. 393, note R. Legeais ; *RTD civ.* 1977, n° 5, p. 772, obs. G. Durry ; Dans le même sens, Cass. 1re civ., 17 mai 1982 : *Bull. civ.* I, n° 177, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 185, note P. Jourdain et Cass. 2e civ., 24 juin 1987 : *Bull. civ.* II, n° 137 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, Somm. p. 41, obs. F. Chabas.

§ 2. La responsabilité assumée par les protecteurs de l'incapable

683. La mise en jeu de la responsabilité des protecteurs de l'incapable, en ce qu'elle peut permettre de diminuer l'indemnité mise à la charge du parent incapable, voire de s'y substituer, répond à la fois au souci de protection du patrimoine de l'incapable et à une meilleure indemnisation de la victime. Deux modes de protection sont particulièrement concernés par le problème de la responsabilité civile. La responsabilité des parents du parent mineur incapable (A) et celle des tuteurs des majeurs incapables et des mineurs non émancipés (B) doivent être distinguées.

A) La responsabilité des parents du parent mineur incapable

684. La paternité ou la maternité d'un mineur ne met pas fin à l'autorité parentale que peuvent exercer sur lui ses propres parents. Or à cette autorité est attaché un principe de responsabilité sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil dont il est nécessaire d'envisager l'application (1). De même, au regard de leur qualité de grands-parents, il est possible de s'interroger sur la possibilité de faire appel au principe de responsabilité générale du fait d'autrui tiré de l'article 1384 al. 1er du Code civil (2).

1. Sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil

685. L'application de l'article 1384 al. 4 du Code civil doit tout d'abord être écartée pour ce qui concerne leur qualité de grands-parents. La jurisprudence est très claire sur ce point : la responsabilité prévue par l'article 1384 al. 4 est réservée aux père et mère[932]. L'auteur du dommage est leur petit-fils ou leur petite-fille, non leur propre enfant sur lequel ils exercent l'autorité parentale. Une condition d'application de la responsabilité parentale n'est donc pas remplie.

686. La question de l'application de l'article 1384 al. 4 du Code civil peut cependant ensuite se poser dans une autre hypothèse. Lorsque l'enfant est à l'origine d'un dommage, il a

[932] Cass. 2e civ., 18 septembre 1996 : *Bull. civ.* II, n° 217, p. 133 ; *D.* 1998, jurisp. p. 118, note M. Rebourg ; *RTD civ.* 1997, n° 3, p. 436, obs. P. Jourdain ; Cass. 2e civ., 25 janvier 1995 : *Bull. civ.* II, n° 29. Et voir G. Blanc, « A propos de la responsabilité des grands-parents (brève contribution à la réflexion sur la responsabilité du fait d'autrui) », *D.* 1997, chron. p. 327.

été rappelé que ses parents, même mineurs, étaient responsables dès lors qu'ils exercent l'autorité parentale et cohabitent avec lui. Il s'agit par exemple de la situation dans laquelle un enfant de 2 ans commet un dommage, engageant ainsi la responsabilité de sa mère incapable de 17 ans. Sa responsabilité n'exige plus la preuve d'une faute de sa part. Mais si la preuve d'un défaut de surveillance n'est plus nécessaire, elle peut toujours être rapportée. La mère de 17 ans peut en effet avoir laissé son enfant sans surveillance, lui laissant ainsi le champ libre pour causer un dommage.

687. En ce cas, sans que cette faute soit la cause de la responsabilité du parent mineur, il est possible de s'interroger sur sa participation au dommage, dans la mesure où, sans elle, l'enfant n'aurait pas été en mesure de commettre le fait causal. Il s'agit donc de déterminer si le défaut de surveillance du parent mineur peut se comprendre comme un fait causal au regard du dommage causé par son enfant, susceptible en conséquence d'engager la responsabilité des parents de ce parent mineur. Cette question sous tend deux problèmes.

688. Il faut dans un premier temps vérifier qu'un défaut de surveillance peut être constitutif d'un fait au sens de l'article 1384 al. 4 du Code civil. Sans difficulté, il apparaît que la responsabilité parentale ne se limite pas à prendre en compte les comportements actifs de l'enfant. Un comportement passif peut également donner lieu à responsabilité, comme il n'est pas non plus nécessaire que le fait soit illicite[933]. L'essentiel est qu'il ait causé un dommage, ce qui constitue le second problème.

689. Il faut en effet vérifier dans un second temps le caractère causal de ce fait. Il est nécessaire que le fait ait « directement causé » le dommage. Cette condition telle qu'elle est formulée par les arrêts du 10 mai 2001 et du 13 décembre 2002 peut *a priori* s'analyser comme une application de la théorie de la causalité adéquate[934] ou de *la causa proxima*[935]. Dans cette hypothèse, le défaut de surveillance ne peut être considéré comme un fait causal : il ne porte pas inéluctablement en lui la probabilité du dommage. L'enfant aurait pu ne pas commettre de dommage malgré le défaut de surveillance.

[933] Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert, préc. ; Et Cass. ass. plén., 13 décembre 2002, préc. ; voir déjà Cass. ass. plén., 9 mai 1984, Fullenwarth, préc.
[934] En ce sens, voir les conclusions de l'avocat général De Gouttes et le rapport de M. le conseiller Le Corroler sous l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 13 déc. 2002 ; Et voir également A. Hervio-Lelong, note sous Cass. ass. plén., 13 déc. 2002 préc., qui énonce que « le fait de l'enfant doit être, non seulement, la condition *sine qua non* du dommage mais il doit, en outre, avoir été de nature à le provoquer compte tenu de l'évolution normale des évènements ».
[935] En ce sens voir P. Jourdain, note sous Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, préc.

690. Cependant, il est possible de soutenir que l'exigence du caractère direct de la causalité ne fait que renvoyer aux différentes théories, sans se prononcer pour l'une d'entre elles[936]. En d'autres termes, la causalité est directe dès lors qu'elle remplit les conditions de la théorie appliquée. Il est donc également possible de considérer que la causalité du fait envisagé par l'article 1384 al. 4 du Code civil doit être appréciée au regard de la théorie de l'équivalence des conditions. En ce sens d'ailleurs, il convient de faire état d'un arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation du 27 mars 2003, qui pour la première fois adopte l'expression « d'équivalence des conditions », se prononçant ainsi clairement en faveur de l'application de cette théorie[937]. Dans cette hypothèse, le défaut de surveillance de la part du parent mineur peut être considéré comme un fait causal dans la mesure où il est établi que sans cette faute l'enfant n'aurait pas pu commettre le dommage.

691. Ainsi, en application de la théorie de l'équivalence des conditions, les parents d'un parent mineur auteur d'un défaut de surveillance peuvent être responsables sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil lorsque cette carence a permis à l'enfant de ce parent mineur de commettre un fait dommageable. *De lege ferenda*, la mise en place d'une assurance chef de famille obligatoire pourrait abonder en ce sens, en dédramatisant les conséquences de la responsabilité parentale, permettant ainsi au juge de ne pas hésiter à appliquer l'article 1384 al. 4 du Code civil.

692. Dans cette hypothèse, deux responsabilités parentales se superposent : celle du parent mineur, et celle de ses propres parents. Le dommage à réparer étant identique, ils seront donc responsables *in solidum*. S'agissant de deux responsabilités objectives, la victime peut agir indifféremment contre l'un d'entre eux, qui pourra ensuite se retourner contre l'autre pour partager le paiement des dommages et intérêts à parts viriles.

693. Sous réserve de l'application de la théorie de l'équivalence des conditions, les parents du parent mineur sont donc responsables sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil au regard de leur qualité de parent. Il faut également s'interroger sur la possibilité d'engager leur responsabilité sur le fondement de l'article 1384 al. 1er, c'est-à-dire en vertu du principe de responsabilité générale du fait d'autrui, mais cette fois au regard de leur qualité de grands-parents.

---

[936] S. Porchy-Simon, *Droit civil 2e année, Les obligations*, HyperCours, Dalloz, 3e éd., 2004, n° 823.
[937] Cass. 2e civ., 27 mars 2003 : *Bull. civ.* II, n° 76, p. 66.

2. Sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil

694. Il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle les parents du parent mineur prennent en charge celui-ci et son enfant à leur domicile. L'absence de revenus souvent liée à la minorité est propice à une telle situation. En ce cas, il faut s'interroger sur la possibilité de mettre en œuvre le principe de responsabilité générale du fait d'autrui dégagé par la jurisprudence à partir de l'article 1384 al. 1er du Code civil[938].

695. Dans une telle situation, la jurisprudence a tendance à écarter l'application de l'article 1384 al. 1er pour préférer mettre en jeu la responsabilité des parents, même mineurs incapables, en ayant recours si nécessaire à la notion de cohabitation juridique[939]. Il est possible de n'y voir qu'une simple application de l'adage *speciala generalibus derogant*[940]. Dans cette hypothèse, même si les grands-parents exercent une autorité de fait sur l'enfant et contrôlent son mode de vie, ils ne sont pas responsables des faits de celui-ci. Cette solution participe d'une compréhension restrictive du principe général de responsabilité du fait d'autrui[941], pour laquelle l'arrêt Blieck ne pose pas de véritable principe général. Or il est possible de se prononcer pour une conception plus large de l'article 1384 al. 1er, c'est-à-dire pour un véritable principe général de responsabilité du fait d'autrui[942].

696. En vertu de cette conception plus large, toute personne qui a la « garde d'autrui », c'est-à-dire le pouvoir d'organisation, de direction et de contrôle du mode de vie d'autrui, est responsable des dommages que celui-ci pourrait causer par un fait illicite. Le caractère temporaire ou intermittent de la « garde » des grands-parents aurait seulement pour conséquence d'exiger la preuve qu'au moment des faits dommageables l'enfant était sous la surveillance de ses grands-parents. Une telle solution est extrêmement dommageable pour les

---

[938] Cass. ass. plén., 29 mars 1991, Blieck : *D.* 1991, jurisp. p. 324, note C. Larroumet ; *JCP* G 1991, II, 21673, concl. Dontenwille et note J. Ghestin ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, 513, note F. Chabas ; *Defrénois* 1991, art. 35062, n° 44, p. 729, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1991, p. 312, obs. J. Hauser et p. 541 obs. P. Jourdain ; *Les gands arrêts de la jurisprudence civile,* T. 2, 11e éd., n° 218-219. Et voir G. Viney, « Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre. La porte ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384 al. 1er du Code civil », *D.* 1991, chron. p. 157.

[939] Voir par exemple Cass. 2e civ., 18 sept. 1996, préc., qui énonce que la responsabilité des grands-parents ne peut être retenue que si la preuve d'une faute était rapportée.

[940] Sur ce problème, voir F. Leduc, « Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui », in La responsabilité du fait d'autrui. Actualités et évolutions, *RC ass.*, Hors série, nov. 2000, p. 18.

[941] En faveur de cette conception restrictive, voir notamment P. Jourdain, « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », in La responsabilité du fait d'autrui, Actualités et évolutions, *RC ass.,* Hors série, nov. 2000, p. 5.

[942] En ce sens, voir notamment G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1998.

grands-parents, qui acceptent d'accueillir dans le cadre de la solidarité familiale leur enfant et sa progéniture, et qui sans cependant être assurés pour ce fait, pourraient être condamnés à assumer les conséquences financières des dommages de cet enfant.

697. De manière générale, une application cumulative des articles 1384 al. 1er et 1384 al. 4 du Code civil est envisageable. La solution donnée par la Cour aux problèmes des rapports entre la responsabilité des commettants et celle des parents, par laquelle elle affirmait que « les responsabilités du fait d'autrui ne sont pas cumulatives mais alternatives »[943], ne doit pas être généralisée. En effet notamment, rien ne s'oppose à ce que la responsabilité d'une association sportive soit engagée pour une prise en charge ponctuelle de l'activité de l'enfant, en plus de celle des parents qui ont en charge son mode de vie. A l'inverse, lorsque le tiers dont la responsabilité est recherchée gouverne le mode de vie du mineur, il est fait appel au critère de la permanence ou à la preuve d'une surveillance effective au moment des faits. Par suite, « un rapport d'incompatibilité existe entre la responsabilité du tiers et celle des parents parce qu'il paraît difficile d'admettre que le tiers exerce un pouvoir permanent d'organisation, de direction et de contrôle du mode de vie de l'enfant, tout en constatant que la résidence de celui-ci demeure fixée auprès de ses parents »[944].

698. Ainsi, seule une interprétation très extensive de l'article 1384 al. 1er permet de rendre les grands-parents responsables des faits de leur petit-fils ou de leur petite-fille. En l'état de la jurisprudence[945], une telle application de l'article 1384 al. 1er peut être envisagée, mais ne se cumule pas avec celle des parents. C'est un problème similaire qui se pose dans l'hypothèse du placement sous tutelle de l'incapable. Mais ici, les données sont différentes dans la mesure où le tuteur dispose de pouvoirs spécifiquement prévus par la loi sur le parent incapable.

---

[943] Cass. 2e civ., 18 mars 1981 : *Bull. civ.* II, n° 69 ; *RTD civ.* 1981, p. 855, obs. G. Durry ; *D.* 1981, somm. p. 319, obs. C. Larroumet ; voir aussi Cass. crim., 2 octobre 1985 : *Bull. crim.*, n° 294.

[944] A. Gouttenoire et N. Roget, note sous Cass. 2e civ., 6 juin 2002 : *JCP* G 2003, 10068, n° 16.

[945] La 2e chambre civile de la Cour de cassation, le 12 décembre 2002 : *Bull. civ.* II, n° 289 ; *RTD civ.* 2003, p. 305, n° 4, obs. P. Jourdain ; *RC ass.* 2003, chron. 4, obs. H. Groutel ; *D.* 2003, IR, p. 107, a en effet retenu la responsabilité civile d'une association de majorettes indépendamment de la dangerosité potentielle de l'activité, se prononçant ainsi en faveur d'une conception extensive du principe général de responsabilité du fait d'autrui.

B) La responsabilité des tuteurs

699. La distinction entre la tutelle des mineurs et celle des majeurs révèle ici toute son importance. Si les organes tutélaires ne peuvent jamais être responsables des faits de leur pupille sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil dont l'application est réservée aux père et mère[946], il en va différemment de l'article 1384 al. 1er. En effet, tirant les conséquences de leurs différences de prérogatives, la jurisprudence ne retient pas la même solution dans les deux hypothèses, à juste titre. Après avoir écarté la responsabilité du tuteur pour les faits du majeur incapable (1), elle l'a retenue pour les faits du mineur incapable (2). Reste à déterminer si cette responsabilité pour autrui, lorsqu'elle est admise, peut conduire à ce que le tuteur du parent incapable assume le dommage causé par l'enfant de celui-ci.

1. Le tuteur du majeur incapable

700. Par un arrêt du 25 février 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation a expressément refusé d'engager la responsabilité civile d'un tuteur pour les faits du majeur incapable[947]. *A fortiori*, il ne sera pas non plus responsable lorsque le seul fait mis à la charge de ce majeur sous tutelle est un défaut de surveillance ayant conduit à laisser son enfant commettre un dommage. Il convient cependant de rappeler la justification donnée à cette absence de responsabilité, alors que la Cour de cassation donne aujourd'hui une solution différente pour le tuteur du mineur, sans cependant se contredire[948].

701. Un premier argument doit être relevé. Sans même faire appel à une conception restrictive de l'interprétation faite de l'article 1384 al. 1er, il apparaît que le tuteur d'un majeur n'exerce pas les prérogatives nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité telle qu'envisagée dans l'arrêt Blieck. Le tuteur d'un majeur n'exerce pas en effet un pouvoir de direction, de surveillance et de contrôle de son mode de vie. Les régimes de protection des majeurs ne donnent pas lieu à une obligation d'éducation : si les règles de la tutelle des

[946] *Cf. supra*.
[947] Cass. 2e civ., 25 février 1998 : *D.* 1998, p. 315, concl. R. Kessous ; *JCP* G 1998, II, 10149, note G. Viney ; *RTD civ.* 1998, p. 388 et s., obs. P. Jourdain et p. 345, obs. J. Hauser. Et voir aussi A.-M. Galliou-Scanvion, « L'article 1384 alinéa 1er et la responsabilité du fait d'autrui : un fardeau non transférable sur les épaules d'un tuteur », *D.* 1998, chron. p. 240 ; M. Josselin-Gall, « Un pas en arrière sur le chemin de la reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui », *JCP* N 1998, I, 217. Et voir déjà pour le curateur : CA Toulouse, 28 octobre 1996 : Juris-Data 055299.
[948] *Contra* cependant J. Hauser, obs. sous Cass. crim., 28 juin 2000, préc., qui ne voit pas de raison de faire la différence entre le tuteur d'un mineur et d'un majeur.

mineurs sont applicables à la tutelle des majeurs, c'est à l'exception de celles relatives à l'éducation[949]. Seul le tuteur aux prestations sociales assume une telle compétence. De même, la mission de protection de la personne que la jurisprudence met à la charge des tuteurs et curateurs[950] ne doit pas s'analyser comme une mission de direction de sa personne. La protection de l'incapable doit se faire dans le respect de sa personne[951], ce qui s'oppose à la mise en place d'un « gouvernement de la personne »[952]. Le tuteur se doit d'accompagner le majeur incapable mais ne peut prendre aucune initiative, il ne dirige pas la personne de l'incapable comme il gère son patrimoine.

702. Un second argument a conduit la Cour de cassation à rejeter dans son arrêt du 25 février 1998 la responsabilité de l'administrateur légal du majeur incapable : les tuteurs et curateurs ne peuvent être assimilés aux institutions professionnelles prenant en charge des personnes dangereuses, dont la responsabilité est retenue depuis l'arrêt Blieck. Le Professeur Jacques Ghestin soulevait déjà cette difficulté en 1991[953], énonçant que la mise en jeu de la responsabilité suppose « qu'il s'agisse en tout cas de personnes physiques ou morales tenues d'une obligation juridique, légale ou contractuelle, ayant pour objet la prise en charge de l'organisation et du contrôle à titre permanent du mode de vie d'une autre personne potentiellement dangereuse, telle qu'un handicapé mental, un délinquant ou mineur en régime d'éducation surveillée ou de rééducation. D'une façon générale, il devrait s'agir d'une personne à titre professionnel et dont l'activité doit être normalement couverte par une assurance ». Dans le même sens, le Professeur Geneviève Viney a souligné que « si la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'alinéa 1 de l'article 1384 est appliquée très largement à toutes sortes de « gardiens », même non professionnels, tuteurs, grands-parents, amis… il paraît souhaitable que le régime de non-professionnels soit apprécié avec une certaine indulgence et qu'en tout cas il ne soit pas plus sévère que celui qui est appliqué aux père et mère »[954].

---

[949] Article 495 du Code civil.
[950] *Cf.* Cass. 1re civ, 18 avril 1989, *JCP* G 1990, II, 21467 note Th. Fossier ; Cass. 1re civ., 11 juin 1991, *JCP* G 1992, II, 21879, note Th. Fossier ; Cass. 1re civ, 24 février 1993, *D.* 1993, p. 614 note Th. Verheyde pour une tutelle en gérance ; et CA Paris, 15 mars 1996, *JCP* G 1996, II, 22733 note Th. Fossier pour une tutelle sous forme d'administration légale.
[951] J.-M. Plazy, thèse préc., n° 533.
[952] M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit*., p. 302.
[953] J. Ghestin, note sous Cass. ass. plén., 29 mars 1991, Blieck, *JCP* G 1991, II, 21673, n° 16.
[954] G. Viney, *D.* 1991, chron. préc., p. 161 ; voir également P. Jourdain, obs. sous Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand, *RTD civ.* 1997 p. 669.

703. Cet argument, en faveur de la conception restrictive de la responsabilité du fait d'autrui doit aujourd'hui être écarté. Ce n'est pas le caractère non professionnel de sa mission qui empêche le tuteur d'être responsable, puisque le tuteur d'un mineur peut voir sa responsabilité engagée[955]. Le critère consiste donc seulement à vérifier s'il exerce un pouvoir de direction, de contrôle et d'organisation du mode de vie d'autrui, et ce de manière permanente. Il est vrai que comme pour la responsabilité des grands-parents, il peut cependant paraître critiquable d'engager la responsabilité d'un particulier qui a accepté de prendre en charge bénévolement un majeur incapable ou même un mineur incapable. La possibilité de mettre en jeu sa responsabilité peut avoir pour effet de décourager les vocations.

704. Ainsi, le tuteur d'un majeur n'est pas civilement responsable des faits de son pupille[956] car il n'exerce pas de manière permanente un pouvoir d'organisation, de direction et de contrôle sur son mode de vie. Il ne saurait donc assumer les conséquences de la faute de surveillance que ce parent incapable pourrait commettre. La solution diffère alors de celle retenue pour le tuteur d'un mineur. En effet, là où la tutelle d'un majeur ne peut pas donner lieu au gouvernement de sa personne, la tutelle d'un mineur se substitue à l'autorité parentale.

2. Le tuteur du mineur incapable

705. Distinguant tutelle des mineurs et tutelle des majeurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la responsabilité civile d'un tuteur pour les faits de son pupille mineur par un arrêt du 28 mars 2000[957]. Cette solution permet de désigner un responsable là où l'absence de parents exerçant l'autorité parentale, associée à la solution donnée par la Cour le 25 février 1998, pourrait constituer « un espace bizarrement inabrité dans la construction moderne des responsabilités civiles »[958]. Cette responsabilité peut se justifier par comparaison avec le régime de la tutelle des majeurs.

706. Aux termes mêmes de la Cour, la mise en jeu de la responsabilité est justifiée par le motif qu'il a accepté en sa qualité de tuteur, « la garde du mineur et la charge d'organiser et

---

[955] *Cf. infra* § 705.
[956] *Contra*, envisageant la responsabilité du tuteur d'un majeur et même d'un curateur : C. Radé, « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui », *D.* 1997, chron. p. 279, n° 19.
[957] Cass. crim., 28 mars 2000 : *Bull. crim.*, n° 140 ; *D.* 2000, Somm. 466, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 586, obs. P. Jourdain ; *JCP* G 2000, I, 241, n° 10 et s., obs. G. Viney ; *JCP* G 2001, II, 10457, note C. Robaczewski ; *RD sanit. soc.* 2001, p. 150, n° 9, obs. F. Monéger ; *RJPF* 2000-7. 8/42, obs. F. Chabas.
[958] R. Savatier, « La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité des personnes dont on doit répondre ? », *D.* 1933, chron. p. 81, spéc. p. 83.

de contrôler à titre permanent son mode de vie ». Le tuteur a effectivement « la garde », au sens juridique du terme, du mineur. La loi lui confère le pouvoir de gouverner la personne du mineur[959], ce qui le conduit à avoir la charge d'organiser et de contrôler le mode de vie du mineur et ce de manière permanente. De plus, comme les père et mère mais à la différence du tuteur d'un majeur, le tuteur d'un mineur doit notamment assurer son éducation, ce qui correspond sans nul doute à instaurer une permanence dans le contrôle et l'organisation de son mode de vie.

707. La possibilité de mettre en jeu la responsabilité du tuteur pour les faits de l'incapable mineur peut permettre de le rendre responsable du dommage causé par l'enfant de son pupille, en arguant d'une faute de surveillance ayant participé à la réalisation du dommage[960]. En effet, même si la responsabilité générale du fait d'autrui exige un fait générateur de responsabilité[961], à la différence de la responsabilité parentale pour laquelle il suffit que le fait de l'enfant soit causal, un tel fait illicite peut être ici caractérisé dès lors que l'on fait appel à la théorie de l'équivalence des conditions. Dans cette hypothèse, le défaut de surveillance peut *a priori* permettre d'engager la responsabilité des parents en ce qu'il s'agit d'une faute. Une telle solution montre l'importance de la causalité. La théorie de l'équivalence des conditions a pour effet de mettre à la charge du tuteur d'un parent mineur une responsabilité très importante.

708. La victime du fait de l'enfant peut donc obtenir réparation auprès du parent mineur ou de son tuteur s'il démontre une faute de surveillance de la part de l'incapable. Cette solution révèle l'importante distinction entre les incapacités du mineur et du majeur sous tutelle ou curatelle.

709. Ainsi, le parent peut exercer l'autorité parentale et en assumer la conséquence, c'est-à-dire la responsabilité pour les faits de l'enfant. Cependant, si l'existence de son régime de protection est sans incidence sur les conditions d'exercice des prérogatives parentales, les organes de cette protection peuvent, mais de manière inégale, en supporter les conséquences

[959] Article 450 du Code civil.
[960] *Cf. supra*.
[961] Cass. 2e civ., 20 novembre 2003 : *JCP* G 2004, II, 10017, note J. Mouly ; *D.* 2004, jurisp. p. 300, note G. Bouché.

par la mise en jeu de leur propre responsabilité. Une clarification générale de ces solutions est souhaitable.

CONCLUSION DU TITRE 2

710. Après la naissance de l'enfant, le respect des droits fondamentaux du parent incapable entre en conflit avec le souci d'assurer la protection de l'enfant. Le principe reste celui de l'absence d'effet de l'incapacité civile sur ces droits fondamentaux, pour l'établissement de la filiation comme pour l'exercice des prérogatives parentales. Cependant, l'incapacité naturelle est ici prise en compte.

711. Ainsi, le parent incapable peut établir sa filiation avec l'enfant. Les présomptions relatives à la filiation peuvent être mises en œuvre indépendamment de toutes conditions de capacité. L'incapacité civile ne joue pas non plus en matière de reconnaissance, qui ne peut pas faire l'objet de représentation, mais l'exercice de cet acte est soumis à une condition de capacité naturelle. Il en est de même pour la requête en adoption, qui devrait cependant *de lege ferenda* donner lieu à une assistance par le tuteur ou le curateur déjà désigné devant le tribunal de grande instance. Le régime de protection du parent civilement incapable joue ainsi seulement en matière d'établissement judiciaire de la filiation, où il convient d'appliquer les règles relatives aux actions extra-patrimoniales tout en déduisant du caractère éminemment personnel de l'action la nécessaire participation de l'incapable s'il est en état de manifester sa volonté. Seule l'hypothèse de l'action en recherche de maternité ou de paternité pour laquelle le législateur donne expressément une solution contraire, déroge à cette règle : le parent civilement incapable peut lui-même intenter l'action en toute autonomie, s'il en a la capacité naturelle.

712. La même idée doit être développée pour reconnaître au parent incapable la possibilité de ne pas établir sa filiation avec l'enfant. L'accouchement sous X n'est pas soumis à une condition de capacité civile, mais dans une certaine mesure laisse une place à la capacité naturelle. Le désintérêt nécessaire à la déclaration judiciaire d'abandon est même indifférent à toute condition de capacité. Les parents incapables peuvent également consentir à l'adoption de l'enfant sous la seule condition d'être titulaires de l'autorité parentale et d'en avoir la capacité naturelle. Le régime de protection peut cependant retrouver application en

cas de contentieux, pour l'action en contestation de maternité ou de paternité établie par l'effet de la loi lorsque le parent est hors d'état de manifester sa volonté.

713. Une fois sa filiation établie avec l'enfant, il apparaît que le parent incapable peut également exercer l'autorité parentale. Son incapacité civile ne le prive pas de l'autorité parentale sur la personne de son enfant. La capacité naturelle est cependant nécessaire à l'exercice de ces prérogatives. Il peut même exercer l'administration légale, du moins pour le parent incapable majeur sous la condition de rapporter la preuve de son aptitude à exercer ce pouvoir. Par suite, le parent incapable qui exerce l'autorité parentale assume également la responsabilité civile du fait des dommages causés par son enfant.

714. Autrement dit et à titre principal, l'établissement de la filiation et l'exercice de l'autorité parentale ne sont pas affectés par le placement sous un régime de protection du parent mineur ou majeur. Mais les actes effectués restent soumis à une condition de capacité naturelle. Cette dernière condition répond au souci de s'assurer du respect de la finalité des prérogatives parentales, à savoir la protection de l'enfant. Si l'absence d'effet de l'incapacité civile permet de respecter les droits fondamentaux de l'incapable, il faut cependant que les prérogatives parentales soient correctement exercées. Tel est l'objet des mesures d'accompagnement et d'encadrement mises en place.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

715. Le principe du respect de la paternité et de la maternité bénéficie à tout individu de la même façon. L'incapacité civile, c'est-à-dire la minorité, le placement sous tutelle ou sous curatelle, n'est le plus souvent pas prise en compte. La naissance de l'enfant ne change rien à cette règle.

716. Ainsi, le parent incapable peut procréer ou ne pas procréer, poursuivre sa grossesse ou l'interrompre, établir sa filiation avec l'enfant ou refuser de consacrer ce lien en droit, et même exercer les prérogatives parentales.

717. Si l'incapacité civile ne joue pas pour l'essentiel, l'incapacité naturelle vient cependant parfois limiter le principe du respect de la paternité et de la maternité. Cette incapacité naturelle peut être établie pour tout individu et ne saurait être présumée par le statut d'incapable civil. Sa preuve, après la naissance de l'enfant, a pour effet de ne pas permettre l'exercice de certains actes, que ce soit pour établir sa filiation ou la nier, ou pour exercer les prérogatives parentales indifférentes à l'incapacité civile. L'exigence d'une capacité naturelle se justifie par le fait que ces actes, effectués en qualité de père et mère ou pour se faire reconnaître cette qualité, ont des conséquences graves pour le parent mais aussi pour l'enfant. Il est donc impératif qu'il soit effectué de manière consciente.

718. Le respect des droits fondamentaux du parent incapable trouve ses limites dans la rencontre des deux incapacités, celle de l'enfant et celle du parent. Ce respect ne doit pas aller à l'encontre de la protection de l'enfant. Or cette protection peut être difficile à assurer lorsque les personnes chargées en principe de sa mise en œuvre, c'est-à-dire les père et mère, ne sont pas aptes à l'assumer voire sont eux-mêmes placés sous un régime de protection. Il faut donc étudier les moyens d'assurer la protection de l'enfant de l'incapable.

SECONDE PARTIE : LA PROTECTION DE L'ENFANT DE L'INCAPABLE

719. L'enfant mineur non émancipé est un incapable qui doit être protégé[962]. Tel est l'objet de l'autorité parentale confiée aux père et mère : « par sa fin, l'autorité n'est pas une puissance mais une protection : elle a pour finalité de protéger l'enfant »[963]. Or, lorsque son parent est lui aussi privé de sa capacité et placé comme tel sous un régime de protection, ce régime n'a pas vocation à participer à la protection de cet enfant, au risque sinon de porter atteinte à la capacité parentale de l'incapable. En d'autres termes, si ce parent assure la protection de son enfant, il ne peut pas se faire assister ou représenter pour cette mission par les personnes chargées normalement de cette tâche pour les actes de la vie civile. L'enfant ne peut pas bénéficier du régime de protection de son parent incapable : les différents organes de protection de ce dernier agiraient en dehors de leurs compétences.

720. Dans cette hypothèse, d'autres systèmes de protection de l'enfant doivent être envisagés. Il faut réfléchir à l'application de plusieurs types de mesures, pouvant aller jusqu'au retrait de l'enfant à sa famille, sans toutefois que cette solution extrême soit automatique.

721. En principe, l'incapacité du parent ne le prive pas de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne ou même sur les biens de son enfant[964]. L'idée fondamentale est « que l'enfant trouve la meilleure protection de ses intérêts dans l'affection de ses parents »[965]. D'ailleurs, la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New-York le 26 janvier 1990, affirme à plusieurs reprises la primauté des parents dans l'éducation de

[962] Voir notamment sur ce point le rapport du Conseil d'Etat, *Statut et protection de l'enfant*, adopté par la section du rapport et des études en mai 1990, La documentation française, 1991.
[963] G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8e éd., 2003, n° 71. Dans le même sens, J. Massip, « La protection de l'enfant », Rapport *in* Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Egyptiennes, T. 30, 1979, p. 101, spéc. p. 105.
[964] *Cf. supra* § 574 s.
[965] J. Massip, rapport préc., p. 101.

l'enfant[966]. Cependant, si les père et mère incapables peuvent assumer eux-mêmes cette protection, l'intérêt de l'enfant conduit parfois à prendre indirectement en compte leur incapacité. Il faut même prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux prérogatives parentales lorsque le fait de confier la mission de protection au parent incapable va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant ou le met en danger[967]. La protection de l'enfant entre alors en conflit avec celle de son parent incapable, en ce qu'elle exige une limitation des droits et pouvoirs de celui-ci.

722. Ainsi, la protection de l'enfant peut être assurée dans l'hypothèse où le parent incapable exerce l'autorité parentale (Titre 1), mais peut aussi conduire à priver ce parent de ses prérogatives (Titre 2).

[966] Articles 18, 27, 28, 29 et 31 de la Convention.
[967] Déjà P.-A. Fenet, *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 1, Paris 1828, p. 150, énonçait que « l'autorité du père et de la mère sur leurs enfants est dans son essence la même que celle du tuteur ; elle en diffère un peu dans ses accidents. S'ils dépouillent les affections de la paternité, si l'intérêt du mineur se trouvait compromis entre leurs mains, la loi ne peut plus considérer en eux une qualité qu'ils ont abdiquée ; elle doit transporter la surveillance du mineur à des hommes plus sages ou plus vertueux. Il convient aussi de rappeler aux parents que leurs enfants appartenant à la patrie, ils doivent pour leur éducation se conformer aux règles qu'elle prescrit ».

TITRE 1 : LA PROTECTION DE L'ENFANT LORSQUE LE PARENT INCAPABLE EXERCE L'AUTORITÉ PARENTALE

723. Lorsque la protection de l'enfant est assurée par son parent incapable, il peut être utile de mettre en place un système de contrôle afin de ne pas laisser un parent agir contre les intérêts[968] de son enfant du fait de son incapacité. En d'autres termes, si l'incapacité ne prive pas automatiquement le parent de ses prérogatives parentales, elle peut conduire à renforcer la surveillance de l'exercice de ses droits et pouvoirs pour s'assurer que l'enfant bénéficie d'une véritable protection.

724. Une surveillance peut être effectuée par l'autre parent, par le juge, ou même par les organes de protection du parent incapable, mais aucune restriction n'est apportée à l'exercice de ses droits et devoirs par le parent incapable s'il ne commet aucun excès. Comme pour tout parent, l'intervention nécessaire d'un tiers pour certains actes encadre l'exercice de ses propres droits et pouvoirs. Mais il faut parfois aller au-delà d'une simple surveillance pour mieux assurer la protection de l'enfant de l'incapable. L'incapacité du ou des parents pourrait même permettre une certaine immixtion dans l'exercice de leurs prérogatives parentales. Ainsi, lorsque le parent incapable exerce l'autorité parentale, deux systèmes permettent de s'assurer du bon exercice des prérogatives parentales et donc d'une véritable protection de l'enfant[969] : le partage de l'exercice de l'autorité parentale avec l'autre parent ou avec le juge (Chapitre 1) et l'aide ou l'assistance apportée au parent incapable (Chapitre 2).

[968] Sur la prévention et le traitement des contrariétés d'intérêts, voir S. Zeidenberg, « Le droit de la famille face à la contrariété d'intérêts », *RRJ* 2003-2, p. 631.

[969] Dans les deux cas, il s'agit d'une modalité de protection des plus faibles. C'est cette idée qu'exprime la formulation retenue par M. Bauer et Th. Fossier pour l'avant-propos de leur ouvrage, *Les tutelles, protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd., 1999 : « un homme à côté d'un autre homme ».

CHAPITRE 1 : LE PARTAGE DE L'EXERCICE DES PRÉROGATIVES PARENTALES

725. Il ressort du titre neuvième du Code civil relatif à l'autorité parentale que l'exercice des prérogatives parentales n'est jamais confié exclusivement à un seul parent. L'autre parent ou le juge des tutelles sont toujours compétents en certaines matières et partagent ainsi l'exercice des droits et des pouvoirs. Cette idée est encore plus marquée lorsqu'un parent incapable exerce l'autorité parentale : en plus du rôle reconnu par le législateur à l'autre parent et au juge des tutelles, la pratique fait intervenir les organes de protection du parent incapable. Ce dernier partage[970] ainsi toujours ses prérogatives avec un tiers, ce qui fixe un cadre aux droits et aux pouvoirs du parent incapable pour mieux assurer la protection de l'enfant.

726. Il paraît alors nécessaire de développer cet encadrement du parent incapable, en lui donnant une assise juridique spécifique, une consécration en droit lorsque tel n'est pas le cas. Ce système doit cependant bien être distingué d'une mesure d'assistance au sens retenu en matière de curatelle : Jean-Marie Plazy parle à juste titre « d'accompagnement »[971] pour signifier le rôle des organes de protection de l'incapable quant aux actes relatifs à sa personne. L'encadrement de l'incapable en matière personnelle est d'ailleurs au cœur du mouvement de réforme[972]. Ce système permet en effet de concilier le souci de protéger la personne de l'incapable avec celui de respecter ses droits et libertés. C'est l'objectif à atteindre en matière d'exercice des prérogatives parentales par un parent incapable.

[970] Au sens où quelqu'un prend part à quelque chose en même temps qu'une autre personne. *Cf. Le grand Robert de la langue française*, V° Partage, sens 3 ; *Littré*, V° Partage, sens 4.
[971] J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, Imprimerie La Mouette, Collection de thèse Doctorat et Notariat, 2002, n° 528.
[972] Voir par exemple le rapport J. Favard sur la protection des incapables majeurs, avril 2000. Voir également article 454 futur du projet de réforme du droit des incapacités : « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Elle reçoit de la personne chargée de sa protection toute information nécessaire à cette fin ».

727. Ainsi, l'exercice des prérogatives parentales par un parent incapable doit être partagé, que ces prérogatives relèvent de l'autorité parentale sur la personne (Section 1) ou de l'administration légale (Section 2).

Section 1 : Le partage de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant

728. Le principe de capacité parentale reconnue à tout individu même civilement incapable en matière d'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant[973] soulève un certain nombre de difficultés pratiques quant à sa mise en oeuvre. Il ne peut être admis que cette capacité soit exercée au détriment de l'enfant, la finalité de l'autorité parentale étant de répondre à son intérêt[974]. C'est pourquoi, sans aller jusqu'à priver le parent incapable de ses prérogatives parentales, leur partage avec un tiers s'avère être une technique fort utile pour encadrer l'exercice de l'autorité parentale sur la personne (§ 1). Cet encadrement peut même être renforcé lorsque l'autorité parentale est partiellement déléguée à un tiers (§ 2).

§ 1. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur la personne

729. Le partage de l'exercice par le parent incapable de l'autorité parentale sur la personne de son enfant peut être assuré de deux manières différentes. Il peut tout d'abord l'être indépendamment du régime de l'incapacité civile, comme pour tout parent (A). Il peut ensuite l'être au profit des organes de protection du parent incapable (B).

A) Le partage de l'exercice de l'autorité parentale assuré indépendamment de l'existence d'un régime d'incapacité civile

730. Indépendamment de l'incapacité civile du parent et donc de son régime de protection, il est possible de s'assurer de la réalité de la protection donnée à l'enfant. Par principe, l'autorité parentale sur la personne n'est en effet jamais confiée à une personne seule

[973] Voir *supra* § 597 s.
[974] *Cf.* article 371-1 al. 1 du Code civil.

sans qu'un contrôle soit mis en place. Ce contrôle est exercé soit par l'autre parent (1), soit par le juge (2). Ceux-ci vont partager l'exercice de l'autorité parentale avec le parent incapable, et ce dans l'intérêt de l'enfant, fixant ainsi un cadre à la capacité parentale du parent incapable.

1. Le rôle de l'autre parent

731. L'autre parent partage avec le parent incapable l'autorité parentale sur la personne de l'enfant lorsqu'elle est exercée en commun. Aux termes de l'article 372-2 du Code civil, « à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant »[975]. L'accord des deux parents est exigé pour les actes plus importants[976].

732. Ainsi, la nécessaire participation de l'autre parent, qui exerce l'autorité parentale, à la réalisation des actes les plus importants sur la personne de l'enfant, fixe un cadre à la capacité parentale du parent incapable. Même s'il exerce l'autorité parentale, ce dernier ne peut effectuer seul que les actes usuels, ce qui n'est pas le cas si « l'acte rompt avec le passé ou, surtout, s'il engage l'avenir de l'enfant »[977]. Le parent incapable peut donc faire seul les actes « qu'il est d'usage d'accomplir relativement à la personne de l'enfant » c'est-à-dire les actes à caractère habituel, autrement dit banals, communs, par opposition aux actes graves[978]. Ces actes usuels sont, « en dehors de toute classification systématique, cet ensemble d'opérations courantes qu'exigent la garde, la surveillance et l'éducation de l'enfant : inscription, signature, constitution de dossiers, demandes et délivrances d'actes d'état civil, autorisation d'ordre sanitaire, médical ou chirurgical »[979]. Pour le reste, le principe de

---

[975] Sur cette présomption : A. Guineret-Brobbel Dorsman et S. Sire, « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Petites affiches* n° 64 du 31 mars 2003, p. 5.

[976] Voir par exemple Cass. 2e civ., 17 décembre 1998 : *RJPF* 1999-4/25, note A.-M. Blanc, qui exige l'accord des deux parents pour la pratique de la circoncision rituelle.

[977] H. Fulchiron, *Droit de la famille*, Dalloz Action 2001-2002, ss dir. J. Rubellin-Devichi, n° 1886, pour qui l'acte doit être apprécié d'un double point de vue : *in abstracto* et *in concreto*.

[978] Sur cette notion, voir F. Vauvillé, « Les pouvoirs concurrents en droit de la famille », Thèse Lille II, 1991.

[979] H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. 1, vol. 3, *La famille*, 7e éd. par L. Leveneur, Montchrestien, 1995, n° 1150. Voir en ce sens L. Jozeau Marigné, Rapport Sénat, Doc. Parl. Sénat, 1969-1970, n° 197 p. 41, qui parle « d'exercice quotidien de l'autorité parentale ».
Voir sur la question discutée de l'inscription de l'enfant sur son passeport, qui peut désormais être obtenue par un parent seul : CE, 8 février 1999 : *Dr. famille* avr. 1999, comm. n° 40, note P. Murat ; *D.* 1999, IR p. 73 ; *D.* 2000, somm. p. 161, obs. F. Vauvillé ; *Defrénois* 1999, art. 37031, n° 68, p. 944, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1999, p. 361, obs. J. Hauser ; CE, 4 décembre 2002 : *Defrénois* 2003, art. 37727, n° 41 p. 620, obs. J. Massip ;

l'exercice conjoint s'applique. De la même façon, le désaccord entre les parents met fin à la présomption de l'article 372-2 du Code civil et conduit à faire intervenir le juge[980]. Les conséquences de la capacité parentale reconnue au parent incapable sont ainsi en réalité limitées dans la mesure où seuls les actes usuels relèvent d'un pouvoir autonome et que cette autonomie n'existe que par le jeu d'une présomption. A titre d'exemple, le parent incapable qui partage l'exercice de l'autorité parentale avec l'autre parent ne peut pas décider seul, en dehors de l'urgence, d'une opération de l'appendicite ou d'une hospitalisation prolongée, ni changer l'enfant d'établissement scolaire.

733. L'intervention de l'autre parent ne se conçoit pas comme un acte de solidarité familiale. En effet, le cadre ainsi fixé aux prérogatives du parent incapable a pour cause le partage de l'exercice de l'autorité parentale avec l'autre parent. Celui-ci n'assiste pas l'incapable, mais exerce ses propres prérogatives, et ce dans l'intérêt de l'enfant. L'encadrement du parent incapable dans l'exercice de ses droits est assuré par l'autre parent du seul fait de l'application des règles de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Il joue le rôle d'un garde-fou.

734. Dans certains cas, il peut arriver que la situation pousse ce parent capable à aller au-delà d'un simple rôle d'encadrement. S'il est déjà certain que l'autorité parentale ne doit pas être confiée à une personne seule sans contrôle, la maladie ou la déficience à l'origine du placement sous un régime de protection d'un des parents ne fait en effet qu'aggraver les risques pour l'enfant. Tel est par exemple le cas de certains schizophrènes, qui sont dénués des savoir-faire les plus simples. En ce sens, une étude indique que 40 % des femmes schizophrènes ne sont pas en mesure d'élever leur enfant au moins jusqu'à ce qu'il ait trois ans[981]. Dans cette hypothèse, la présence de l'autre parent est indispensable et dépasse le simple encadrement. Il ne s'agit plus de partager les prérogatives, mais de les assumer en pratique seul en raison de la carence de l'autre. C'est alors au juge de prendre acte de cette situation pour retirer les prérogatives que ne peut pas exercer le parent incapable et ainsi mettre en place un contrôle judiciaire de l'autorité parentale exercée effectivement par le parent capable, afin notamment d'éviter que la présomption de l'article 372-2 du Code civil

---

Dr. famille fév. 2003, comm. n° 12, p. 17, note P. Murat ; *RTD civ.* 2003, p. 59, n° 5, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2003.4/35, note A.-M. Blanc ; *D.* 2003, IR p. 313.

[980] Sur ce point, voir L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, 2004, T. 413, n° 97 et s.

[981] J.-M. Darves-Bornoz, T. Lempérière, A. Degiovanni, D. Sauvage, P. Gaillard : *Les femmes psychotiques et leurs enfants*, Ann. médico-psychol. 1995, vol. 153, n° 4, p. 286, cité par V. Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 1059.

conduise à laisser le parent capable prendre seul et sans aucun contrôle toutes les décisions relatives aux actes usuels.

735. Le contrôle judiciaire est d'autant plus important que, pour les actes soumis à décision conjointe, c'est-à-dire pour les actes les plus graves, les carences du parent incapable peuvent conduire à laisser en pratique le parent capable prendre l'ascendant et ainsi décider seul de faire tel ou tel acte lorsque l'accord exprimé par le parent incapable n'est pas véritablement conscient. Les causes de l'incapacité de l'un des parents peuvent donc priver d'effet le principe de contre-pouvoir et laisser sans contrôle l'exercice de l'autorité parentale assuré par le parent capable. C'est pourquoi il est souhaitable dans ce cas de mettre en œuvre l'article 373 du Code civil, c'est-à-dire de confier l'autorité parentale sur la personne de l'enfant au seul parent capable sous le contrôle du juge[982].

736. Le parent joue d'ailleurs un rôle même s'il n'exerce pas l'autorité parentale. En effet, aux termes de l'article 373-2-1 al. 3 du Code civil, le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale « conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier ». Il doit également s'acquitter de son obligation d'entretien et d'éducation. En cas d'abus du parent qui exerce seul l'autorité parentale, plus exactement en cas de mise en danger de l'enfant, l'autre parent a donc les moyens de s'en rendre compte et peut saisir le juge des enfants.

737. La situation se complique lorsque les deux parents sont incapables. Dans cette hypothèse, la protection de l'enfant risque de ne pas être correctement assurée, aucun des parents ne pouvant limiter les prérogatives de l'autre en cas de carence ou d'excès. L'intervention du juge paraît alors indispensable, ce qui nécessite de retirer leurs prérogatives aux parents ou au moins à l'un d'entre eux. Certes, l'encadrement du parent incapable dans l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant peut, *a priori,* être assuré par un parent mineur ou placé sous tutelle ou curatelle, dans la mesure où son incapacité civile ne présume pas de son inaptitude à exercer l'autorité parentale. Mais une telle situation risque de ne pas répondre à l'intérêt de l'enfant, dès lors qu'un tel incapable est par hypothèse une personne fragilisée. Il est discutable de partager l'exercice de l'autorité parentale entre deux parents incapables. Si la possibilité pour un parent incapable d'exercer l'autorité parentale sur

[982] *Cf. infra* § 1002 s.

la personne de son enfant, c'est-à-dire l'absence de lien direct entre le régime des incapacités civiles et l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, doit conduire en théorie à autoriser l'exercice en commun de l'autorité parentale par deux parents incapables, les risques pour l'enfant paraissent concrètement trop importants dans une telle hypothèse. C'est pourquoi il est préférable de ne laisser l'exercice de l'autorité parentale au parent incapable que s'il peut le partager avec l'autre parent capable ou le juge.

738. Le partage avec l'autre parent de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant peut donc être assuré indépendamment du régime de l'incapacité civile[983]. Le parent incapable peut également être encadré dans l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, toujours indépendamment de son incapacité civile, par l'intervention d'un juge.

2. Le rôle du juge

739. Le juge participe à l'encadrement de l'exercice de l'autorité parentale. Il est en effet compétent lorsque l'autorité parentale est exercée par un seul parent. L'intervention du juge répond dans tous les cas à un souci de protection de l'enfant. Cependant, le recours au juge n'est pas systématique lorsque les parents de l'enfant sont déficients mentaux, notamment lorsque l'intervention du service de l'aide sociale à l'enfance, ou la solidarité familiale, suffit[984].

740. Le juge susceptible de participer à l'encadrement de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant de l'incapable n'est pas le même selon la situation. Il est vrai que le juge des enfants, le juge des tutelles, le tribunal de grande instance, le juge des affaires familiales, le juge des référés, sont compétents en matière d'autorité parentale[985]. Il peut ici plus précisément s'agir du juge des affaires familiales, ou du juge des tutelles. Le juge des enfants, qui est compétent dès que l'enfant est en danger[986], n'intervient que dans le cadre

[983] *Cf. infra* § 754 s. pour l'hypothèse dans laquelle cet autre parent capable, en qualité de conjoint notamment, assure la protection du parent majeur incapable.
[984] En ce sens, V. Doumeng, *op. cit.*, n° 1058.
[985] Voir M. Brazier, « L'autorité parentale, Commentaire de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 », *JCP* G 1970, I, 2362, n° 169, qui parle de « cocktail de juges » et regrette ces chevauchements de compétence. Voir également A. Kimmel, *Le juge de l'autorité parentale, Compétence et pouvoirs*, Thèse Toulouse 1996.
[986] Voir en ce sens Cass. 1re civ., 3 décembre 1991 : *Bull. civ.* I, n° 340 ; *Defrénois* 1992, art. 35295, n° 48 p. 728, obs. J. Massip ; *JCP* G 1993, I, 3639, n° 47 et s. note S. Bernigaud ; Voir pour une application en matière

de l'assistance éducative. Il ne s'agit donc plus, dans ce cas, seulement d'un encadrement, mais d'une véritable mesure d'assistance, même si le parent continue d'exercer l'autorité parentale.

741. Le rôle du juge des affaires familiales est important, comme l'indique cette nouvelle appellation qui se substitue à celle de « juge aux affaires familiales » depuis la loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et surtout le décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002[987]. Il est « chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs »[988]. Considéré comme « le juge des conflits familiaux »[989], le juge des affaires familiales est amené à statuer en matière d'autorité parentale. Les difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, suite à la séparation du couple, relèvent de sa compétence exclusive[990]. Certes, son intervention n'est pas spécifique à la situation dans laquelle un parent est incapable, mais il « veille spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs » et doit, pour ce faire, statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Il doit prendre notamment en considération « l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre »[991].

742. Le rôle du juge des affaires familiales en cas de conflits parentaux est discuté. En effet, l'article 372-1-1 du Code civil qui lui donnait compétence pour statuer en se référant à la pratique antérieure, a été abrogé par la loi du 4 mars 2002. Certains auteurs en ont déduit que le juge des affaires familiales n'est plus compétent pour régler ce genre de conflits[992]. Ce serait donc le juge des enfants, en cas de danger pour l'enfant, qui devrait être saisi. A défaut de danger, seul le recours à un médiateur pourra régler le conflit[993]. Mais la difficulté à caractériser une situation de danger et le risque d'échec de la médiation conduisent à autoriser la saisine du juge des affaires familiales sur le fondement de l'article 373-2-6 du Code civil, c'est-à-dire sur le texte lui donnant une compétence générale en matière d'autorité

---

d'I.V.G, Tb. pour enfants d'Evry, 8 novembre 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 218, note P. Raynaud ; CA Bordeaux, 4 décembre 1991 : *RTD civ.* 1992, p. 554, obs. J. Hauser.

[987] Voir sur ce point P. Salvage-Gerest, « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. famille* avr. 2003, chron. n° 12, p. 8.

[988] Article 247 al. 2 du Code civil.

[989] H. Parcheminal, « Le juge aux affaires familiales, Nouveau juge des conflits familiaux », *JCP* G 1994, I, 3762.

[990] Article 373-2-6 et s. du Code civil.

[991] Article 373-2-11-3^{e} du Code civil.

[992] P. Salvage-Gerest, « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », préc.

[993] Voir en faveur de la médiation : CA Paris, 11 sept. 2002 : *D.* 2002, IR p. 3241.

parentale[994]. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation le 8 novembre 2005[995]. Ainsi, en cas de désaccords parentaux, le juge des affaires familiales joue également un rôle d'encadrement de l'exercice commun de l'autorité parentale, soit en proposant une médiation[996], soit en tranchant le conflit en cas d'impossibilité ou d'échec de la médiation.

743. Tout en restant indépendant du régime de protection du parent incapable, le contrôle du bon exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant peut également être assuré par le juge des tutelles. Certes, en principe, ce juge n'est pas compétent en matière de protection de la personne de l'enfant dont les deux parents exercent l'autorité parentale. Cependant, son rôle de surveillance générale des administrations légales et des tutelles[997] l'oblige à signaler au juge des affaires familiales ou au juge des enfants les difficultés constatées relativement à la personne du mineur[998].

744. Le juge des tutelles, dont le rôle en matière de protection de la personne de l'incapable ne cesse de croître[999], ne peut pas être appelé à statuer sur l'exercice par un incapable de l'autorité parentale sur la personne de son enfant. Il a perdu sa compétence en la matière depuis la création du juge aux affaires familiales en 1993[1000]. Certes, l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant relève d'un problème de capacité parentale[1001], et le juge des tutelles est le juge de la capacité[1002]. Mais cette capacité parentale est présumée et il n'appartient pas au juge des tutelles de l'étudier. La preuve contraire peut en être rapportée, mais pour priver l'incapable de l'exercice de ses prérogatives parentales, ce qui relève de la compétence du juge de l'autorité parentale, à savoir le juge des affaires familiales.

---

[994] En ce sens, H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 139. Voir également L. Gareil, *op. cit.*, n° 120 , qui admet l'intervention du juge des affaires familiales « à défaut de convention résultant de l'accord des parents et en cas d'impossibilité de trouver un accord malgré l'effort de conciliation du juge et le recours à la médiation ».
[995] Cass. 1re civ., 8 novembre 2005, Pourvoi n° 02-18360.
[996] Article 373-2-10 du Code civil.
[997] Article 395 al. 1er du Code civil.
[998] F. Arbellot, *Droit des tutelles, Protection judiciaire des majeurs et des mineurs*, Dalloz, Coll. Dalloz Service, 2003.
[999] En ce sens, J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, Imprimerie La Mouette, Collection de thèse Doctorat et Notariat, 2002.
[1000] Voir sur ce point Th. Fossier, « L'intervention du juge des tutelles dans la séparation de fait de parents légitimes », *JCP* G 1987, I, 3291.
[1001] *Cf. supra*.
[1002] En ce sens, J.-M. Plazy, *op. cit.*, n° 553 p. 338.

745. Le juge des tutelles est « installé au cœur du système »[1003]. Il est un rouage indispensable du système de protection des incapables, mais il n'est pas le seul. Les autres organes du régime de protection du parent incapable peuvent alors bénéficier du partage de l'exercice de son autorité parentale sur la personne de l'enfant, sans toutefois disposer d'une compétence directe en la matière : seuls les éventuels excès de l'incapable justifient leur intervention, dans le souci d'assurer la protection de l'enfant.

B) Le partage de l'exercice de l'autorité parentale avec les organes de protection du parent incapable

746. Lorsqu'un parent incapable exerce l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, l'existence de son régime de protection, bien que sans effet direct, ne peut être oubliée. Ses propres parents, son tuteur ou son curateur, sont chargés de sa protection. Or, l'accomplissement de leur mission peut interférer avec la réalisation des actes quotidiens de tout parent. Pour autant, aucune représentation n'est admise pour l'exercice de l'autorité parentale, qui est exclusivement réservée aux parents.

747. Les parents, tuteurs et curateurs, jouent en effet un rôle en matière d'exercice de l'autorité parentale bien que ce domaine ne relève *a priori* pas de leur compétence. Ce rôle ne repose pas *de lege lata* sur une véritable assise juridique et il est nécessaire *de lege ferenda* de le consacrer en droit. Il ne suffit pas de poser un principe général de protection de la personne, comme le prévoit actuellement le projet de réforme des incapacités, mais il faut définir expressément le rôle des organes de protection du parent incapable dans l'exercice de l'autorité parentale sur son enfant. Pour l'instant, leur rôle est limité et tient surtout aux interférences qui existent entre les régimes de protection du parent incapable et de l'enfant. Par suite, il diffère selon que le parent incapable est mineur (1) ou majeur (2).

1. Les organes de protection du parent incapable mineur

748. Les organes de protection du mineur non émancipé sont indiscutablement compétents pour protéger la personne de l'incapable. L'article 371-1 du Code civil confie directement cette mission aux parents qui exercent l'autorité parentale : ils doivent assurer la

[1003] J. Carbonnier, préface de l'ouvrage de P. Blondy, G. et M. Morin, *in* J. Massip, *Les incapacités (étude théorique et pratique)*, Defrénois, 2002, p. 13.

protection de la santé, de la sécurité et de la moralité du mineur. De même, l'article 450 du Code civil met expressément à la charge du tuteur, lorsqu'il en a été nommé un, l'obligation de prendre soin de la personne du mineur.

749. Cependant, aux termes de ce même article 371-1 du Code civil, l'autorité parentale doit être exercée dans le respect dû à la personne du mineur. Autrement dit, les parents ne peuvent exercer leurs prérogatives que si elles ne portent pas atteinte à la personne du mineur. Or, l'exercice de l'autorité parentale sur son enfant est sans nul doute un acte éminemment personnel. C'est pourquoi les propres parents du mineur ne peuvent se substituer à lui pour cet exercice.

750. S'il est, en théorie, assez facile de fixer les limites de la compétence des parents qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant lorsque ce mineur est lui-même parent, il est en revanche plus difficile de le faire en pratique. Les actes effectués par le mineur en qualité de parent ne sont pas toujours distincts des actes quotidiens qui relèvent du pouvoir de représentation des parents. Ces derniers peuvent ainsi empiéter sur le domaine de l'exercice par le parent mineur de l'autorité parentale sur son enfant. Il ne faut cependant pas autoriser de manière générale les parents à représenter leur enfant dans l'exercice de ses prérogatives sur son propre enfant. Leur présence doit seulement fixer un certain cadre à l'incapable. Deux exemples illustrent particulièrement les difficultés, mais aussi l'intérêt, du chevauchement de ces deux autorités parentales.

751. Un premier exemple peut être donné à travers le chevauchement de l'exercice de deux droits et devoirs de garde[1004] : celui du parent incapable sur son enfant et celui des grands-parents de l'enfant sur le parent incapable. Aux termes de l'article 371-3 du Code civil, « l'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans le cas de nécessité que détermine la loi ». Le parent mineur non émancipé, soumis à l'autorité parentale de ses parents, ne peut pas décider de sa résidence. Par suite, son enfant qui réside avec lui est soumis à cette disposition et habite donc chez ses grands-parents. En application du régime de protection du parent incapable mineur, son enfant est indirectement protégé : un cadre est ainsi donné au mineur dans l'exercice de l'autorité

[1004] La suppression par la loi du 4 mars 2002 de l'énumération des droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation, n'y a pas mis fin. *Cf. supra* § 597 s. et H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, p. 964.

parentale sur son enfant pour s'assurer que ce dernier bénéficie d'une véritable résidence. Dans le même sens, le domicile de l'enfant de l'incapable mineur, nécessaire à l'individualisation de sa personne et à la localisation de ses intérêts patrimoniaux, correspond le plus souvent au domicile de ses grands-parents. En effet, l'application de l'article 108-2 du Code civil conduit à ce que cet enfant soit domicilié chez ses père et mère. Or, lorsque ceux-ci sont mineurs, ils sont eux-mêmes domiciliés chez leurs propres parents. De cette façon, l'enfant de l'incapable connaît une certaine stabilité quant à son domicile, ce qui participe indirectement à sa protection. Un bémol né de la loi du 4 mars 2002 peut cependant être relevé : lorsque l'enfant dont les parents sont séparés n'a pas une résidence habituelle mais alternée, ce qui peut être le cas lorsque les deux parents sont mineurs et n'habitent pas ensemble, son domicile sera également alterné.

752. Un second exemple réside dans le chevauchement de l'exercice de deux droits et devoirs de surveillance. En assurant cette prérogative sur le parent mineur, les grands-parents de l'enfant assurent indirectement sa protection. Ils encadrent en effet notamment les fréquentations du mineur[1005], ce qui interfère à l'évidence sur le cadre de vie de son enfant et participe indirectement à sa protection.

753. Ainsi, le parent mineur non émancipé partage indirectement sur certains points l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant avec ses propres parents. Ces derniers ne sont pas les seuls à pouvoir indirectement participer à la protection de l'enfant. Les organes de protection du parent majeur incapable peuvent également encadrer l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, même si leur compétence en matière de protection de la personne de l'incapable est parfois plus discutée.

2. Les organes de protection du parent incapable majeur

754. La protection de la personne des incapables majeurs a fait l'objet de nombreuses discussions[1006]. Il en ressort aujourd'hui clairement que, comme pour les mineurs, les régimes de protection des majeurs ont « pour objet d'une manière générale de pourvoir à la protection

[1005] *Cf. supra* § 62 s.
[1006] *Cf.* Introduction.

de la personne et des biens de l'incapable »[1007]. Cette mission peut aussi bien consister à l'élaboration de son projet de vie qu'à la gestion du quotidien. La personne chargée de sa protection devient « une sorte de curateur à la personne, de défenseur national, bien loin du directeur de conscience » et le juge devient « un organisateur de la discussion, un tiers symbolique, bien plus qu'un oracle »[1008]. Il s'en suit que cette mission n'est pas sans impact sur l'exercice par un parent incapable de l'autorité parentale sur son enfant.

755. Deux principes s'opposent alors. D'un côté, le caractère éminemment personnel des prérogatives parentales interdit toute représentation. De l'autre, la mission de protection de la personne de l'incapable crée de nombreuses interférences. Le domaine de compétence des représentants légaux doit donc être précisé. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 4 février 2003[1009] illustre bien cette difficulté de délimitation. Il s'agissait en l'espèce d'autoriser un père, administrateur légal de son fils majeur placé sous tutelle, à exercer une action relative aux droits d'autorité parentale sur l'enfant de ce dernier. La Cour fait ici droit à sa demande dans la mesure où il s'agit d'une action en justice et non d'un acte juridique : le contrôle du juge permet d'éviter les abus auxquels pourrait conduire la représentation en matière personnelle, en s'assurant que la représentation à l'action n'est pas contraire à la volonté du majeur incapable. Surtout, la Cour dispense ici le représentant de l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles, au motif que si l'article 464 al. 3 du Code civil exige bien une autorisation pour les actions relatives à des droits qui ne sont points patrimoniaux et que des textes précis visent cette exigence en matière d'action d'état, il n'existe pas d'équivalent en matière d'autorité parentale. Aux termes de cet arrêt, l'article 464 al. 3 n'a donc pas de valeur autonome. Comme le remarque le Professeur Jean Hauser, « ce raisonnement est aussi sommaire qu'inexact »[1010]. En effet, l'article 464 ne se limite pas aux actions relatives à l'état de la personne protégée mais s'étend à toutes les actions relatives à sa personne au sens large, ce qui comprend les actions relatives à sa qualité de parent. En d'autres termes, s'il peut exercer l'action relative à l'autorité parentale en représentation, le tuteur doit pour ce faire solliciter une autorisation, comme pour toutes actions extra-patrimoniales. Si cette solution peut être discutée[1011], en ce qu'elle peut sembler exclure le

[1007] Cass. 1re civ., 18 avril 1989 : *JCP* G 1990, II, 21467, note Th. Fossier ; *D.* 1989, jurisp. p. 493 et *Defrénois* 1989, art. 34574, p. 1006, obs. J. Massip.
[1008] Th. Fossier, note sous CA Paris, 1re ch. civ., 15 mars 1996 : *JCP* G 1996, II, 22733.
[1009] CA Aix-en Provence, 4 février 2003 : *Dr. famille* oct. 2003, comm. n° 127, note A. Gouttenoire-Cornut ; *RTD civ.* 2004, p. 63, n° 5, obs. J. Hauser.
[1010] J. Hauser, obs. préc.
[1011] Voir A. Gouttenoire-Cornut, obs. sous CA Aix-en Provence, 4 février 2003, préc.

parent majeur incapable de l'exercice de certaines prérogatives, il n'empêche qu'elle illustre parfaitement le risque d'interférence du régime de protection du parent incapable sur l'exercice de ses prérogatives parentales.

756. Comme pour tous les actes éminemment personnels, aucune représentation n'est possible pour exercer l'autorité parentale. Il s'agit d'éviter la mise en place d'une véritable « tutelle à la personne »[1012]. Lorsque le majeur incapable exerce l'autorité parentale sur la personne de son enfant, le rôle des tuteurs et curateurs doit se limiter à la fixation d'un cadre assurant le meilleur exercice possible de cette autorité, et ce dans l'intérêt du parent comme de l'enfant. Ils participent indirectement à la protection de l'enfant en assurant la protection du majeur incapable : la défense des intérêts du parent incapable garantit le respect d'un certain équilibre pour l'enfant. De même, à titre d'exemple, une stabilité de domicile est offerte à l'enfant dont le parent majeur est sous tutelle. En effet, l'article 108-3 du Code civil énonce que le majeur incapable sous tutelle est domicilié chez son tuteur. Or, l'enfant étant domicilié chez ses père et mère[1013], il s'en déduit que le domicile de l'enfant peut être celui du tuteur de son parent incapable qui exerce l'autorité parentale. Une certaine stabilité est ainsi assurée quant au domicile de l'enfant[1014].

757. Le partage direct ou indirect de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne par le parent incapable répond ainsi au souci de protection de l'enfant, en assurant un encadrement du parent mineur non émancipé ou majeur sous tutelle ou curatelle. Ce partage peut également être obtenu à travers le système de la délégation, prérogative ultime des père et mère qui exercent l'autorité parentale. Par exception au principe d'indisponibilité de l'autorité parentale et sous le contrôle du juge[1015], ils peuvent en effet en déléguer l'exercice.

[1012] Voir pour un rappel implicite de ce principe, Cass. 1re civ., 28 janvier 2003 : *Dr. famille* mai 2003, comm. n° 66, note Th. Fossier.
[1013] Article 108-2 du Code civil.
[1014] Ce qui peut être utile lorsque le parent incapable est géographiquement instable ou fréquemment hospitalisé pour de longue durée.
[1015] Article 376 du Code civil.

§ 2. La délégation de l'autorité parentale

758. La délégation de l'autorité parentale a été profondément modifiée par la loi du 4 mars 2002[1016]. Il ne s'agit plus seulement d'un transfert de l'exercice de l'autorité parentale à un tiers décidé par le juge ou par les parents. La délégation devient un véritable mode de soutien aux parents qui connaissent des difficultés passagères[1017], ce qui peut par exemple être le cas de l'altération des facultés mentales ou du jeune âge. C'est sans nul doute ce que permet de faire le partage volontaire de l'autorité parentale (A). Il en est de même lorsque la délégation est imposée aux parents en cas de désintérêt manifeste ou d'impossibilité à exercer leurs droits. Dans l'hypothèse d'une délégation partielle, les parents bénéficient alors d'un encadrement renforcé pour l'exercice de l'autorité parentale, en ce que certaines de leurs prérogatives dont ils conservent la titularité sont exercées par le délégataire (B).

A) Le partage volontaire de l'autorité parentale

759. Cette possibilité offerte aux parents est l'un des principaux apports de la loi du 4 mars 2002 au régime de la délégation. Désormais, dans le cadre d'une délégation volontaire de l'exercice de l'autorité parentale, les père et mère peuvent décider de partager l'autorité parentale déléguée avec le délégataire. Certaines conditions doivent cependant être réunies, ce qui peut soulever des difficultés lorsque les parents sont civilement incapables (1). Les effets de ce partage doivent également être confrontés à l'existence d'un régime civil de protection du ou des parents incapables (2).

1. Les conditions

760. Aux termes de l'article 377 al. 1 du Code civil, « les père et mère, 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, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental

[1016] Voir notamment D. Autem, « La nouvelle physionomie de la délégation d'autorité parentale », *RJPF* 2003-1/11 ; A. Gouttenoire-Cornut et P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille* janv. 2003, chron. n° 1 ; H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, p. 980 et s.

[1017] Voir en ce sens le rapport du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Défossez, « Rénover le droit de la famille ; Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », septembre 1999, p. 99 et s.

de l'aide sociale à l'enfance ». Dans ce cadre, et dans ce cadre seulement dans la mesure où les conditions n'en seraient pas remplies en cas de délégation forcée[1018], il est possible, aux termes de l'article 377-1 al. 2, que le jugement de délégation prévoit, « pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire ».

761. Le partage nécessite l'accord du ou des parents dès lors qu'ils exercent l'autorité parentale. C'est d'ailleurs sur ce point que la décision de partage est inconciliable avec une délégation imposée aux parents. Comme pour la délégation à la requête des père et mère de l'article 377 al. 1 du Code civil, l'accord des parents qui exercent l'autorité parentale pour la partager avec le délégataire doit remplir certaines conditions. Leur incapacité civile et la présomption d'impossibilité à consentir à un acte juridique qui y est attachée peuvent alors soulever des difficultés.

762. Il convient avant tout de constater que le partage n'est envisageable que lorsque les père et mère qui y consentent exercent l'autorité parentale. Autrement dit, les conditions de l'article 373 du Code civil ne doivent pas être remplies. Les père et mère qui sont en mesure de consentir au partage sont donc aptes à exercer l'autorité parentale, c'est-à-dire qu'ils peuvent exprimer une volonté consciente.

763. Il reste cependant à déterminer les conséquences de leur incapacité civile sur l'expression du consentement au partage. Le principal problème réside dans la nature même de la délégation. En effet, en saisissant le juge aux fins de délégation ou tout simplement en donnant leur consentement au partage, les père et mère renoncent au moins en partie à l'exercice de leur autorité parentale[1019]. Or, en principe, les régimes civils d'incapacités sont très restrictifs en matière de renonciation à un droit : le majeur sous tutelle ne peut le faire seul et doit être représenté par son tuteur autorisé par le conseil de famille[1020], le majeur sous

[1018] En faveur de la limitation du partage de l'autorité parentale à l'hypothèse de la délégation volontaire, voir notamment C. Neirinck, « Autorité parentale. Délégation », *J.-Cl. civ.*, Art. 371 à 387, Fasc. 30, 2004, n° 115.
[1019] Voir notamment en faveur de cette qualification de renonciation : R. Legeais, *L'autorité parentale, Etude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Defrénois, 1973, n° 194 ; J. Carbonnier, *op. cit.* vol. 1, n° 418, p. 857 ; H. Fulchiron, in *Droit de la famille*, ss. dir. J. Rubellin-Devichi, Dalloz Action 2001/2002, n° 1993.
[1020] L'article 462 du Code civil envisage la renonciation à une succession et l'article 467 la transaction. Ces deux formes de renonciation conduisent, en conséquence, à soumettre toute renonciation à l'exigence de l'autorisation du conseil de famille.

curatelle doit être assisté de son curateur[1021], et le mineur doit être représenté par ses parents qui doivent obtenir l'accord du juge des tutelles[1022]. Deux arguments permettent cependant de ne pas retenir ici la qualification de renonciation à un droit, ou au moins de ne pas lui appliquer les règles restrictives du droit des incapacités. Tout d'abord, il apparaît que le caractère précaire de la délégation limite fortement la portée de cette renonciation et rend inutile l'application du droit des incapacités qui a pour finalité d'éviter la perte définitive de l'exercice d'un droit, comme par exemple en cas de transaction ou de renonciation à succession[1023]. L'autorité parentale déléguée peut toujours être restituée aux parents, alors que « l'irrévocabilité est de l'essence même de la renonciation, car renoncer c'est abandonner sans esprit et faculté de retour »[1024]. Ensuite, la volonté exprimée par les parents est ici fortement encadrée : la délégation volontaire de leur autorité par les père et mère n'est possible que « lorsque les circonstances l'exigent », et la décision de partage de l'autorité parentale ne peut être prise que « pour les besoins d'éducation de l'enfant ». Ainsi, la renonciation à l'exercice de l'autorité parentale n'est autorisée que dans certaines limites qui suffisent en elles-mêmes à s'assurer du respect des intérêts de l'enfant et des parents. L'intervention obligatoire du juge et la nécessité d'appeler les parents à l'instance garantissent le respect de ces conditions.

764. De plus, le nécessaire consentement des père et mère au partage de l'autorité parentale conduit à écarter toute possibilité de représentation en la matière. Si la nature éminemment personnelle de l'autorité parentale a pour effet d'en laisser l'exercice au parent même incapable, et exclut toute représentation dans cet exercice, il doit en être de même pour l'acte par lequel les père et mère renoncent à une partie de cet exercice. Il s'agit d'un acte qu'ils effectuent dans le cadre de l'autorité parentale, c'est-à-dire dans le cadre des prérogatives qui leur ont été laissées malgré leur incapacité. Le contrôle est suffisamment assuré par le juge.

765. Cependant, ce principe d'autonomie des père et mère pour solliciter le partage de l'exercice de l'autorité parentale se heurte aux règles applicables à la procédure civile. En effet, pour prononcer la délégation volontaire, le juge aux affaires familiales doit être saisi par

[1021] Article 510 du Code civil.
[1022] Article 389-5 al. 3 du Code civil.
[1023] Voir en ce sens A. Lapoyade-Deschamps, « Les renonciations en droit de la famille », *D.* 1993, chron. p. 259, spéc. p. 264.
[1024] J. Hauser et E. Abitbol, note sous Cass. ch. mixte, 29 janvier 1971 : *D.* 1971, jurisp. p. 304.

requête[1025]. Or, en matière extra-patrimoniale, et même lorsqu'elle a lieu par simple requête, la saisine d'une juridiction est soumise au régime des incapacités[1026], sauf disposition contraire expresse[1027]. En l'absence d'une telle disposition en matière de délégation, les parents mineurs, sous tutelle ou sous curatelle, ne peuvent pas saisir seuls le juge à cette fin. Il faut donc concilier l'impossibilité de toute représentation et l'absence d'autonomie. L'assistance du ou des parents incapables par son tuteur, lui-même autorisé pour ce faire par le conseil de famille, son curateur, ou ses administrateurs légaux, permet de répondre à cet objectif[1028].

766. Ainsi, le partage de l'autorité parentale peut être demandé par les père et mère qui exercent l'autorité parentale même s'ils sont civilement incapables, sous la condition d'être assistés pour la saisine du juge. L'impossibilité de les représenter en la matière se justifie d'autant plus que les représentants légaux du parent incapable peuvent être désignés comme délégataires. Tel est notamment le cas lorsque les parents sont mineurs, dans la mesure où l'article 377 vise expressément et en premier lieu parmi les quatre catégories de délégataires possibles, celle des membres de la famille. Les grands-parents de l'enfant[1029] peuvent donc être délégataires et partager l'exercice de l'autorité parentale avec le parent mineur. Cette hypothèse peut également se présenter lorsque le parent incapable majeur est placé sous un régime de tutelle sous forme d'administration légale, dans lequel il est le plus souvent pris en charge par un ascendant, un frère ou une sœur. Dans tous les cas, l'exercice partagé de l'autorité parentale ne peut pas être imposé au délégataire.

767. Le partage de l'autorité parentale peut consacrer en droit une situation qui existe déjà en fait. Lorsque le parent incapable vit avec son enfant chez ses parents ou chez son tuteur, il est utile de confier aux représentants légaux des prérogatives sur l'enfant. Le partage de l'exercice de l'autorité parentale permet de répondre au souci de mieux assurer la protection de l'enfant en épaulant le parent incapable dans cet exercice. La condition posée

[1025] Article 1203 du Code de procédure civile.
[1026] Envisagée à l'article 464 al. 3 du Code civil.
[1027] *Cf.* l'article 328 nouveau du Code civil pour l'action en recherche de maternité ou de paternité exercée par « le parent, même mineur », issu de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.
[1028] Ce qui va dans le sens de la protection des majeurs en matière personnelle : *cf.* notamment C. Geffroy, « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP* G 1993, I, 3274, spéc. n° 19 et s. ; F. Fresnel, « La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé », *Gaz. Pal.* du 26 août 1999, doctrine p. 1239.
[1029] Sur ce point, voir C. Neirinck, *J.-Cl. civ.* préc., art. 371 à 387, Fasc. 30, n° 14 ; voir également H. Bosse-Platière, « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP* G 1997, I, 4030, spéc. n° 19 ; Th. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, éd. CNRS 1989, spéc. n° 131.

par l'article 377-1 du Code civil, à savoir « les besoins d'éducation de l'enfant », doit cependant toujours être vérifiée. L'incapacité civile des parents ne suffit pas en soi à la caractériser, mais il est certain qu'elle ne manquera pas, en pratique, d'être un indice pour le juge, l'incitant à faire droit à la demande de partage. En effet, le partage de l'exercice de l'autorité parentale « tend à favoriser l'action du délégataire en lui donnant une assise juridique. Elle permet au tiers qui élève l'enfant d'avoir des droits et de jouer son rôle sans passer par une manipulation du lien de filiation, en particulier par l'adoption »[1030]. La cohabitation du parent incapable mineur avec ses propres parents peut notamment permettre de caractériser « les besoins d'éducation de l'enfant » nécessaire au partage de l'exercice de l'autorité parentale.

768. Le partage de l'exercice de l'autorité parentale peut donc avoir lieu lorsque le ou les parents sont incapables. Les effets de ce partage répondent alors au souci de protection de l'enfant de l'incapable.

2. Les effets

769. Le partage de l'autorité parentale a pour effet de déléguer au délégataire l'exercice de l'autorité parentale tout en laissant aux père et mère l'exercice de leurs propres prérogatives. Jusqu'à trois personnes peuvent donc exercer l'autorité parentale : le père, la mère, et le délégataire. Il s'agit d'assurer « un juste équilibre entre la nécessité, dans l'intérêt de l'enfant, de prononcer une délégation de l'autorité parentale et, chaque fois que cela est possible, l'exercice de cette responsabilité par les parents dès lors qu'ils pourront y être associés »[1031].

770. Cet exercice partagé de l'autorité parentale ne peut fonctionner efficacement si toutes les décisions doivent être prises collectivement. C'est pourquoi, comme dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale, le législateur a prévu de mettre en place une présomption d'accord : l'article 377-1 al. 2 *in fine* du Code civil énonce que « la présomption de l'article 372-2 du Code civil est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire ». Alors que l'article 372-2 a un domaine d'application restreint

[1030] C. Neirinck, *J.-Cl. civ.* préc., art. 371 à 387, Fasc. 30, n° 116.
[1031] S. Royal, Ministre déléguée à la famille, à l'enfance et aux personnes handicapées, *JO AN* Déb., Séance du 14 juin 2001, p. 4289.

aux actes usuels relatifs à la personne de l'enfant, aucune limite de ce type n'existe en cas d'exercice partagé, puisque la présomption s'applique « à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et les délégataires », sans aucune restriction[1032]. Par conséquent, le délégataire peut effectuer seul les actes usuels comme les actes les plus graves, l'accord des parents étant alors présumé. Dans cette hypothèse, l'encadrement est donc renforcé : le délégataire dispose de prérogatives similaires à celles qu'il aurait s'il s'agissait d'une délégation totale de l'exercice de l'autorité parentale. Cette possibilité d'effectuer seul les actes graves pour le délégataire renforce l'intérêt de ce système face à l'incapacité des parents. Le délégataire peut ainsi assurer pleinement la protection de l'enfant dans les moments où les parents incapables sont hors d'état de manifester leur volonté, par exemple du fait d'une hospitalisation ou dans les domaines pour lesquels les père et mère ne disposent pas de la maturité suffisante pour se prononcer dans l'intérêt de l'enfant et ce, sans qu'il soit nécessaire de leur retirer leurs prérogatives. Les parents délégants peuvent cependant toujours informer préalablement le tiers de leur opposition, mettant ainsi fin à la présomption qui ne joue qu'à l'égard des tiers de bonne foi. Le partage de l'exercice de l'autorité parentale répond donc à la fois au souci de protection de l'enfant et au respect des prérogatives des parents incapables.

771. Les effets du partage de l'autorité parentale connaissent cependant une limite importante. L'administration légale ne peut en effet pas être déléguée par cette voie[1033] : l'enfant conserve ses « représentants légaux naturels »[1034]. De plus, même si certains admettent la possibilité de déléguer l'administration légale, il faut reconnaître que le plus souvent, la faiblesse du patrimoine de l'enfant revient à limiter les effets de la délégation à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne[1035]. Surtout, la délégation de l'exercice de l'autorité parentale, et donc *a fortiori* le partage de l'autorité parentale, ne met pas fin au lien de parenté. C'est pourquoi les parents restent seuls titulaires du droit de consentir à l'adoption

[1032] En ce sens, C. Neirinck, *J.-Cl. civ.* préc., art. 371 à 387, Fasc. 30, n° 117 ; Voir cependant H. Fulchiron, art. préc., p. 982, qui envisage l'application de la présomption seulement pour les actes usuels.
[1033] Voir en ce sens C. Neirinck, *La protection de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984, T. 182, n° 117 et *J.-Cl. civ.* préc., art. 371 à 387, Fasc. 30, n° 106, pour qui la délégation volontaire ne porte pas sur l'administration légale.
[1034] C. Neirinck, *J.-Cl. civ.* préc., art. 371 à 387, Fasc. 30, n° 119.
[1035] M.-L. Delfosse-Cicile, thèse préc., n° 592 et s.

de leur enfant. De même, ils sont les seuls à être tenus de l'obligation d'entretien, qui ne peut pas dans cette hypothèse peser sur le délégataire[1036].

772. A travers ces différents effets, le partage de l'autorité répond ainsi aux difficultés nées de l'incapacité civile du ou des parents exerçant l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Sans les priver de leurs prérogatives, elle les confie également à un tiers qui peut saisir le juge lorsqu'il constate un excès de la part du parent incapable, ou agir lui-même en cas de carence. L'enfant est donc correctement protégé par la pluralité d'intervenants : ses parents sont encadrés pour exercer l'autorité parentale sur sa personne.

773. Face à l'incapacité civile des parents, ce partage de l'autorité parentale a pour seul inconvénient d'exiger leur consentement, ce qui peut en limiter l'accès : même s'ils sont aptes à exprimer leur volonté dans la mesure où il n'a pas été fait application de l'article 373 pour les priver de l'exercice de l'autorité parentale, ils sont le plus souvent intellectuellement limités et peuvent ne pas saisir l'intérêt de partager l'autorité parentale avec un tiers ou s'y opposer par principe. Il appartient aux représentants de l'incapable d'inciter le ou les parents à faire cette démarche, en leur expliquant qu'il ne s'agit pas d'une perte de prérogatives. A défaut d'accord de leur part, il peut parfois paraître nécessaire d'envisager la délégation forcée, qui peut également se définir, lorsqu'elle n'est que partielle, comme un mode de partage de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne afin de mieux assurer la protection de l'enfant.

B) La délégation forcée partielle de l'exercice de l'autorité parentale

774. Aux termes de l'article 377 al. 2 du Code civil, « en cas de désintérêt manifeste ou si les parents 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 peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale ». A travers les conditions de cette délégation apparaît le souci de protéger l'enfant (1). A travers ses effets, mais seulement lorsqu'elle est

[1036] Voir sur ce point B. Py, « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RD sanit. soc.* 1996, p. 229 ; et voir *contra* C. Neirinck, *J.-Cl. civ.* préc., art. 471 à 387, Fasc. 30, n°109.

partielle, apparaît le souci de partager l'exercice de l'autorité parentale au mieux des intérêts de l'enfant, en confiant certaines prérogatives au délégataire et non plus aux père et mère (2).

1. Une mesure de protection de l'enfant

775. Lorsque la délégation de l'exercice de l'autorité parentale est imposée, « elle s'apparente à une sanction, sans en être réellement une »[1037]. Elle répond au souci d'assurer le meilleur exercice possible de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant, de lui donner « un statut juridique plus stable »[1038]. Il ne s'agit pas d'une perte ou d'un retrait de l'autorité parentale, même si les effets pour les parents peuvent être assez similaires.

776. Avec la loi du 4 mars 2002, la délégation forcée se détache presque entièrement de la volonté du ou des parents. Alors que l'enfant devait auparavant avoir été remis par les parents[1039] et que le désintérêt devait avoir duré au moins un an, ces conditions ne sont plus exigées à présent, révélant le peu de poids donné à la volonté du ou des parents dans ce contexte : seule la notion de désintérêt manifeste peut encore être considérée comme y faisant référence.

777. Deux hypothèses peuvent aujourd'hui donner lieu à une délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale : le désintérêt manifeste des parents et l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale.

778. La notion de désintérêt manifeste de l'article 377 al. 2 du Code civil diffère de celle de l'article 350 en ce que la durée du désintérêt n'est plus une condition de la délégation. Pour le reste, les caractères en sont identiques[1040]. La différence essentielle entre la délégation forcée et la déclaration judiciaire d'abandon réside dans leurs effets : la délégation ne met pas fin au lien de filiation alors que l'application de l'article 350 du Code civil rend l'enfant

---

[1037] C. Neirinck, *J.-Cl. civ.* préc., art. 371 à 387, Fasc. 30, n° 4. Voir cependant *contra* M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 79, et V. Doumeng, thèse préc. n° 1092, qui semblent vraiment retenir la qualification de sanction pour la délégation forcée.

[1038] H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 2007.

[1039] Mais déjà, la jurisprudence avait admis que la remise pouvait être judiciaire : Cass. avis, 27 septembre 1999 : *JCP* G 2001, I, 293, n° 6, obs. Y. Favier ; *RJPF* 2000-1/35, note A.-M. Blanc ; *D.* 1999, IR p. 239 ; *RTD civ.* 2000, p. 101, obs. J. Hauser ; *RD sanit. soc.* 2000, p. 158, obs. F. Monéger. Et Cass. 1re civ., 26 juin 2001 : *Dr. famille* janv. 2002, comm. n° 3, note P. Murat ; *D.* 2001, jurisp. p. 3387, note M. Huyette.

[1040] Voir avant la réforme du 4 mars 2002 : M.-L. Delfosse-Cicile, thèse préc., n° 515 et s.

adoptable. La délégation peut donc être envisagée lorsque la condition de délai nécessaire à la déclaration judiciaire d'abandon n'est pas encore remplie. Le problème du caractère volontaire du désintérêt pose cependant difficulté lorsque le parent est incapable, de la même façon que pour la déclaration judiciaire d'abandon[1041]. L'incapacité civile n'empêche pas les parents de se désintéresser manifestement de leur enfant dans la mesure où il s'agit de la réalisation d'un fait juridique, même s'il fait appel à leur volonté.

779. La possibilité offerte par la loi du 4 mars 2002 d'imposer la délégation de l'autorité parentale, lorsque les parents sont dans l'impossibilité de l'exercer totalement ou partiellement, répond également au souci de protéger l'enfant. La Cour de cassation a récemment précisé comment apprécier cette condition[1042]. La Cour retient à la fois des critères objectifs, tels que les faits de nature à empêcher toute décision des parents concernant l'enfant ou tout contact minimum avec l'enfant, caractérisé en l'espèce par le fait que le père était difficilement joignable, et des critères subjectifs, c'est-à-dire le constat de l'inaptitude des parents à exercer l'autorité parentale en totalité ou partiellement, caractérisé en l'espèce par le fait que le père ne prenait pas réellement en compte les besoins de sa fille au regard des démarches inhérentes à l'exercice de l'autorité parentale. Si l'impossibilité pour le parent concerné de manifester sa volonté peut permettre de caractériser objectivement l'impossibilité d'exercer totalement ou partiellement l'autorité parentale, tel n'est pas le cas de l'incapacité civile, au risque de contredire l'absence d'effet automatique de l'incapacité civile sur la perte de l'exercice de l'autorité parentale. De même, pour l'appréciation subjective, qui a pour fondement un jugement de valeur sur les décisions et le comportement des parents ou sur leurs carences[1043], le statut d'incapable ne peut suffire dans la mesure où l'inaptitude doit être constatée.

780. La délégation peut être la mesure qui fait suite à l'application de l'article 373 du Code civil au lieu et place de la tutelle lorsque l'enfant a déjà été recueilli, par exemple par un proche. Cette hypothèse révèle la finalité principale de la délégation : assurer une continuité dans l'exercice de l'autorité parentale. Il faut qu'une personne soit toujours en mesure de prendre les décisions nécessaires à la protection de l'enfant. La délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale répond donc parfaitement aux difficultés d'un parent inaptes

[1041] *Cf. supra* § 553 s.
[1042] Cass. 1re civ., 5 avril 2005 : *Dr. famille* juill-août 2005, comm. n° 155, note P. Murat ; *RJPF* 2005-7-8/51, obs. F. Eudier.
[1043] En ce sens, P. Murat, note sous Cass. 1re civ., 5 avril 2005, préc.

à exercer certaines prérogatives du fait d'un handicap ou d'une hospitalisation, ce qui peut correspondre à la situation du parent incapable. Elle donne un cadre à l'exercice de l'autorité parentale, en limitant les droits et devoirs du parent incapable.

781. La délégation a ainsi pour but de désigner la personne qui doit protéger l'enfant et non de sanctionner le ou les parents qui ne sont plus en mesure d'exercer l'autorité parentale ou qui se sont manifestement désintéressés de l'enfant. Lorsqu'elle est seulement partielle, la délégation, bien qu'imposée, s'analyse comme une mesure d'encadrement renforcé de l'exercice de l'autorité parentale.

2. Une mesure d'encadrement renforcé

782. La délégation imposée, comme la délégation volontaire, ne met pas fin au lien de parenté. De plus, lorsqu'elle est partielle, elle laisse entre les mains du ou des parents certaines prérogatives, en plus du droit de consentir à l'adoption qui ne se délègue jamais. La loi du 4 mars 2002 ayant supprimé l'énumération des droits et devoirs des père et mère, il est désormais nécessaire que le juge détaille avec précision les prérogatives laissées aux parents s'il ne veut pas que la délégation soit totale[1044]. La délégation partielle permet ainsi de faire du « sur mesure » : elle s'adapte aux causes de l'incapacité des parents. En d'autres termes, la délégation partielle a pour intérêt de ne porter que sur les prérogatives que les père et mère ne sont plus en mesure d'exercer. Le cadre ainsi fixé à leurs droits et devoirs répond au souci de ne les confier qu'à des personnes aptes à les exercer et à l'idée que les parents peuvent être en mesure d'exercer certaines prérogatives et pas d'autres. S'il y a ici une pluralité d'intervenants comme pour le partage de l'exercice de l'autorité parentale, il n'y a pas identité de compétences. Les parents et le délégataire ont des missions distinctes. A la différence du partage volontaire de l'autorité parentale, le partage forcé ne se fait donc pas par la surveillance des éventuelles décisions excessives prises par les parents incapables, ou par réaction à leurs carences, mais par une décision *a priori*, par laquelle les prérogatives de l'autorité parentale, que les parents incapables ne sont plus en mesure d'assumer, sont transférées à un tiers. Le désavantage de ce système est que ce délégataire n'est pas compétent pour encadrer l'exercice des prérogatives qui subsistent dans les mains des père et mère. C'est

[1044] Voir auparavant Cass. 1re civ., 14 février 1989 : *Bull. civ.* I, n° 77 ; *Defrénois* 1989, art. 34548, n° 45, p. 695, obs. J. Massip, qui a considéré la délégation comme partielle dès lors que le père a un droit de visite. Cette solution est aujourd'hui remise en cause dans la mesure où ce droit est lié non à l'exercice de l'autorité parentale mais à sa titularité, qui n'est pas retirée aux père et mère.

pourquoi cette mesure paraît ne devoir être envisagée que lorsque peu de prérogatives doivent être laissées au parent incapable. A défaut, son intérêt est limité.

783. La portée de la délégation partielle conduit à s'interroger sur ses effets quant à l'administration légale et sur le rôle de représentation qui y est attaché. Lorsqu'elle est imposée, la délégation semble en effet inclure cette prérogative, afin de ne pas laisser l'enfant sous la responsabilité de représentants légaux qui se désintéressent manifestement de lui ou ne sont plus en mesure d'exercer leur pouvoir. Dans cette hypothèse, la délégation imposée porte également sur l'administration légale. Toutefois, lorsqu'elle n'est que partielle, les père et mère conservent certaines de leurs prérogatives. En effet, ils continuent à exercer l'autorité parentale. Or aux termes de l'article 389 du Code civil, l'administration légale est exercée par le ou les parents qui exercent l'autorité parentale. Dans l'hypothèse de la délégation forcée partielle, comme pour la délégation volontaire[1045], les parents restent donc administrateurs légaux de l'enfant[1046]. Le partage de prérogatives ne porte que sur l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.

784. La réserve faite de l'administration légale en matière de délégation révèle la distinction essentielle à opérer entre l'autorité parentale sur la personne et sur les biens. D'ailleurs, lorsque les parents sont civilement incapables, le principe de leur capacité à exercer l'autorité parentale sur la personne n'est pas transposable à l'administration légale. Le plus souvent, ils n'exercent pas ce pouvoir, qui est entièrement confié à un tiers ou à l'autre parent. Lorsque tel est pourtant le cas, c'est-à-dire lorsqu'un parent est administrateur légal alors qu'il est majeur sous tutelle ou curatelle, ou surtout mineur puisque c'est cette hypothèse qui est envisagée expressément par le législateur, un encadrement plus fort qu'en matière personnelle doit être mis en place, et ce notamment si l'enfant a un patrimoine important. Sans aller jusqu'à représenter le parent incapable, l'immixtion d'un tiers dans la gestion des biens de l'enfant peut être plus marquée qu'en matière personnelle.

[1045] *Cf. supra* § 769 s.
[1046] Voir pour une opinion critique avant la réforme du 4 mars 2002, M. Bruggemann, thèse préc., n° 405 et s.

Section 2 : Le partage de l'exercice de l'administration légale

785. Dans certaines hypothèses, notamment lorsqu'il est mineur, le parent incapable peut être administrateur légal de son enfant. Mais si l'exercice de ce pouvoir peut être laissé au parent incapable, il doit être encadré pour éviter de porter préjudice à l'enfant. En d'autres termes, tout en respectant les prérogatives de l'incapable, il faut s'assurer d'une bonne protection de l'enfant, du respect de leur mission par les administrateurs légaux. Cet encadrement se justifie d'autant plus ici que le législateur n'accorde que par exception l'exercice de l'administration légale à un parent incapable.

786. L'encadrement de l'exercice de l'administration légale est effectué par l'intervention de tiers, qui partagent avec le parent incapable l'exercice de l'administration légale. Ils disposent de pouvoirs soit directement sur l'enfant au titre de l'administration légale, soit sur le parent incapable dans le cadre du régime de protection de celui-ci (§ 1). Ces solutions peuvent cependant paraître insatisfaisantes, ce qui conduit *de lege ferenda* à envisager de nouveaux systèmes de partage répondant au souci de protéger l'enfant tout en respectant les prérogatives parentales (§ 2).

§ 1. L'encadrement de l'exercice de l'administration légale *de lege lata*

787. Un premier encadrement de l'exercice de l'administration légale est déjà effectué indépendamment de l'incapacité civile, par le jeu des règles de l'administration légale qui en permettent le partage (A). L'autre encadrement possible s'effectue par l'intervention des organes de protection du parent incapable (B).

A) L'application des règles de l'administration légale

788. Une distinction doit ici être opérée selon que l'administration légale est pure et simple ou bien sous contrôle judiciaire. Dans le premier cas, l'encadrement de l'exercice de l'administration légale s'effectue essentiellement par l'autre parent, c'est-à-dire par l'autre administrateur légal (1). Dans le second cas, l'encadrement s'effectue par le juge des tutelles (2).

1. Le rôle de l'autre administrateur légal

789. Ce rôle est essentiel lorsque l'un des parents est incapable mais exerce l'administration légale. Il s'agit par exemple de l'hypothèse dans laquelle l'un des parents est majeur et l'autre mineur. La principale difficulté tient à ce que « dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation »[1047]. Une discussion doctrinale existe quant à la portée de cette disposition[1048]. Selon la position adoptée, le rôle d'un administrateur légal est plus ou moins affecté par l'incapacité de l'autre.

790. Selon une première opinion[1049], l'article 389-4 du Code civil consacre des pouvoirs concurrents. En d'autres termes, chacun des parents dispose de pouvoirs équivalents et indépendants quant à la gestion du patrimoine du mineur. Deux arguments militent en faveur de cette conception. Tout d'abord, ce qui est admis en matière d'administration légale sous contrôle judiciaire doit *a fortiori* l'être en matière d'administration légale pure et simple. Or l'article 389-6 al. 2 du Code civil permet à l'administrateur légal sous contrôle judiciaire de faire, comme le tuteur, c'est-à-dire sans autorisation du juge des tutelles, les actes d'administration et conservatoire. Rien ne justifie de refuser un tel pouvoir à l'administrateur légal pur et simple. Ensuite, si l'article 389-5 du Code civil exige un double accord pour les actes de disposition, son interprétation *a contrario* conduit à se limiter à l'autorisation d'un seul des parents pour les actes moins graves[1050]. Ce dernier argument doit cependant être nuancé : il ne permet pas réellement d'établir l'existence de pouvoirs concurrents, mais simplement la possibilité pour les parents d'agir l'un sans l'autre. Or l'autre conception de l'article 389-4 du Code civil aboutit à la même conclusion.

[1047] Article 389-4 du Code civil.

[1048] Voir sur ce point M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 264 et s. ; L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, 2004, T. 413, n° 97 et s.

[1049] En ce sens, F. Zénati, « Législation française et communautaire », *RTD civ.* 1986, p. 202, qui s'interroge sur l'intérêt de cette solution pour l'enfant ; G. Raymond, « Administration légale et tutelle », *Rép. civ. Dalloz,* mars 2000, n° 67.

[1050] En ce sens, Ph. Conte, « L'article 389-4 du Code civil », *JCP* G 1991, I, 3513, spéc. n° 3.

791. Selon une seconde opinion[1051] fondée sur les travaux parlementaires de la loi de 1985[1052], l'article 389-4 du Code civil pose une présomption de pouvoir envers les tiers, ce qui exclut l'idée de pouvoirs concurrents, dans la mesure où cette présomption serait inutile si chacun des parents pouvait agir indépendamment. Cette conception est préférable : elle permet d'éviter le risque d'exclusion de l'un des parents en cas de désaccord, tout en revêtant également l'avantage de la rapidité. Ainsi, l'administration légale pure et simple repose sur une exigence générale de codécision : chacun des parents ne peut agir que s'il a obtenu l'accord de l'autre. L'article 389-4 se limite à poser pour les tiers une présomption d'accord pour les actes d'administration et conservatoire. Cette présomption n'est cependant pas irréfragable : l'un des administrateurs peut faire opposition à l'acte, ce qui a pour effet d'engager la responsabilité de l'autre s'il l'effectue quand même, voire d'autoriser son annulation si le tiers a été informé de cette opposition.

792. La première conception de l'article 389-4 du Code civil ne soulève que peu de difficultés face à l'incapacité de l'un des parents. Selon cette opinion en effet, l'octroi de l'exercice de l'administration légale s'analyse comme l'octroi de pouvoirs indépendants. Or, si le parent incapable s'est vu reconnaître l'exercice de l'administration légale, c'est qu'il est apte à exercer ce pouvoir concurrent[1053]. Mais la difficulté est en réalité pratique : la gestion concurrente a pour effet de permettre l'exclusion de l'autre parent, l'acte en cause pouvant être décidé de manière unilatérale. Si le parent incapable est à l'origine de cette éviction, l'exercice de l'administration légale ne fait l'objet d'aucun contrôle, alors que l'incapacité de ce parent exige au contraire un fonctionnement efficace des mesures d'encadrement. Non seulement le parent incapable peut être amené à effectuer pour son enfant des actes qu'il ne peut pas faire pour lui-même, mais de plus il agit seul, sans limite, sans cadre. Il est même impossible d'appliquer *a posteriori* les règles de nullité de son régime de protection, dans la mesure où il agit alors non pour lui-même mais pour son enfant. Ainsi, la conception selon laquelle l'article 389-4 du Code civil consacre l'existence de pouvoirs concurrents ne permet

[1051] M. Grimaldi, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 », *Gaz. Pal.* 1986, Doctrine p. 530, n° 119 ; M. Vion, « L'administration légale après la loi du 23 décembre 1985 », *Defrénois* 1987, art. 33843, p. 65, n° 8 ; G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, ss. dir. J. Ghestin, LGDJ, 1989, n° 508 ; J. Carbonnier, *op. cit.* vol. 1, n° 302, p. 580 ; G. Rebecq, « L'article 389-4 du Code civil et le conflit parental », *Gaz. Pal.* du 7 décembre 1999, Doctrine p. 1979 ; *JCP* N 1998, p. 1015.

[1052] Rapport pour la commission des lois de Mme le député Denise Cacheux, Doc. AN 1984-1985, n° 2646, spéc. p. 64 et 65. Mme le député énonce expressément que « si, à l'égard des tiers, chacun des parents sera réputé avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes d'administration, en revanche, dans les rapports entre parents, les actes d'administration nécessiteront désormais l'accord des deux parents ».

[1053] *Cf. supra* § 573 s.

pas de répondre au mieux à l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où elle autorise le parent civilement incapable à faire seul et sans partage les actes d'administration pour son enfant alors qu'il est jugé inapte à les passer pour lui-même.

793. La seconde conception de l'article 389-4 du Code civil, qui paraît mieux correspondre à l'esprit du texte, pose encore plus de difficultés d'application lorsque l'un des parents est civilement incapable. Cette disposition peut en effet s'analyser comme « un mandat tacite présumé »[1054], ce qui conduit à s'interroger sur la possibilité pour un incapable de revêtir les qualités de mandant et de mandataire en la matière.

794. Le parent incapable, qui effectue un acte d'administration dans le cadre d'une administration légale pure et simple, agit en partie en qualité de mandataire de l'autre parent : pour les tiers, il est présumé avoir obtenu l'accord de l'autre administrateur légal. Il agit ainsi à la fois en sa propre qualité d'administrateur légal et en sa qualité de mandataire, c'est-à-dire au nom de l'autre parent, ce qui est conforme au principe de gestion conjointe. L'incapacité civile peut alors *a priori* conduire à une situation contradictoire.

795. D'un côté, il est établi que le mandataire peut être une personne civilement incapable[1055], pourvu qu'il ait l'intelligence et la liberté de ses actes[1056], dans la mesure où le mandant est en réalité le seul auteur de l'acte. L'application de ce principe à l'administration légale conduit à une mise en œuvre particulière de l'article 389-4 du Code civil. Le parent civilement incapable qui effectue seul un acte d'administration bénéficie sans difficulté du mandat donné par l'autre parent capable. Son incapacité est sans conséquence, dans la mesure où la capacité pour agir s'apprécie chez la personne du mandant, par hypothèse ici capable. Son incapacité ne l'empêche donc pas d'effectuer l'acte en qualité de mandataire de l'autre parent. Il en est de même pour effectuer l'acte en sa propre qualité d'administrateur légal. Une fois l'exercice de l'administration légale accordé à un parent incapable, le régime des

---

[1054] J. Massip, *Les incapacités, étude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n° 28 ; Dans le même sens, P. Salvage-Gerest, « Tutelle. Administration légale pure et simple », *J.-Cl. civ.*, art. 389 à 392, Fasc. 20, 2002, n° 44.

[1055] Aux termes de l'article 2003 du Code civil, la mise sous tutelle des majeurs du mandataire met cependant fin au mandat.

[1056] *Cf.* article 1990 du Code civil. Cass. civ., 5 décembre 1933 : *DH* 1934, 49 ; *S.* 1935, I, 23 ; TI Nîmes, 29 juin 1982 : *D.* 1983, p. 13, note F.-J. Pansier. Voir déjà M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. 11, 2e éd. par R. Savatier, LGDJ, 1954, n° 1445 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, T. 1, n° 305 et T2, n° 1408, Sirey, 3e éd., 1938 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 531 ; J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, ss. dir. J. Ghestin, LGDJ, 2e éd., 2001, n° 31147.

incapacités ne doit pas jouer dans la mesure où il s'agit de l'exercice d'un pouvoir. Ainsi, l'application des règles du mandat et la distinction du pouvoir et de la capacité conduisent à autoriser un parent incapable à qui a été confié l'exercice de l'administration légale, à effectuer seul un acte d'administration. Le seul risque pour l'incapable est de voir sa responsabilité engagée par l'autre parent s'il s'était opposé à l'acte, et pour le tiers de voir annuler l'acte s'il était informé de cette opposition. La connaissance du régime d'incapacité par le tiers n'est en aucun cas ici une cause d'annulation de l'acte, dans la mesure où la capacité n'en est pas une condition.

796. D'un autre côté, il apparaît que le mandant doit avoir la capacité nécessaire pour effectuer l'acte objet du mandat. Or, le majeur sous tutelle ne peut passer seul un acte d'administration, et de tels actes passés par un mineur ou un majeur sous curatelle sans assistance peuvent être rescindés ou réduits selon les cas, ce qui pose problème lorsqu'il s'agit pour le parent capable d'agir en vertu de la présomption d'accord de l'article 389-4 du Code civil. De prime abord, le parent majeur sous tutelle ne peut donc pas donner mandat, même tacitement, à l'autre parent de faire un acte d'administration, ou en tout cas doit être représenté. Quant au parent mineur ou majeur sous curatelle, il peut aisément revenir sur ce mandat tacite et l'acte qui s'en est suivi, ce qui rend très instable la gestion du patrimoine de l'enfant.

797. Une application littérale du système conduit ainsi à refuser au parent capable la possibilité d'agir seul pour faire les actes d'administration et à l'accorder au parent incapable ! Cette interprétation doit bien évidemment être rejetée. Il faut admettre que l'octroi de l'administration légale à un parent incapable s'analyse comme l'octroi de la capacité à donner un mandat tacite à l'autre parent pour faire les actes d'administration : si le parent civilement incapable peut agir en sa qualité d'administrateur malgré son incapacité au motif de la distinction opérée entre le pouvoir et la capacité, il peut également donner mandat à autrui d'agir en son nom pour exercer cette prérogative. En d'autres termes, une personne incapable peut donner mandat à autrui pour exercer un pouvoir. Toute autre solution viderait de sens l'administration légale pure et simple et ne répondrait pas au souci de protection de l'enfant. Dans le même esprit, il faut admettre que le parent civilement incapable qui exerce l'administration légale peut dans ce cadre exprimer une opposition à un acte envisagé par l'autre parent, sans assistance ni représentation. S'il peut tacitement donner mandat, il peut aussi le révoquer expressément.

798. Ainsi, l'encadrement de l'exercice de l'administration légale pure et simple par un parent incapable est assuré par l'autre parent avec lequel il partage la qualité d'administrateur légal, et ce quelle que soit l'importance de l'acte. Le principe de cogestion s'applique aussi bien aux actes de disposition[1057] qu'aux actes d'administration ou conservatoire. Mais pour ces derniers, la mise en œuvre de la présomption de l'article 389-4 du Code civil peut laisser le parent, civilement incapable, agir seul. Il appartient en ce cas au parent capable de bien surveiller les actes du parent incapable, pour pouvoir s'opposer aux éventuels excès et ainsi assurer un bon exercice de l'administration légale. La difficulté à cerner les conséquences de l'incapacité de l'un des parents rend cependant la protection de l'enfant incertaine. Le rôle de l'autre parent devrait être précisé. Il ne suffit pas de se fonder sur l'idée d'un partage de l'exercice de l'administration légale pour s'assurer d'une bonne protection de l'enfant, comme le révèle la divergence doctrinale existante quant à la nature des pouvoirs de chacun des administrateurs légaux.

799. La nécessité d'encadrer le parent incapable dans l'exercice de ses prérogatives pour mieux assurer la protection de l'enfant n'est pas spécifique à l'administration légale pure et simple. En l'absence de l'autre parent pour partager l'administration légale, cet encadrement est assuré directement par le juge des tutelles.

2. Le rôle du juge des tutelles

800. Déjà chargé en cas d'administration légale pure et simple d'autoriser les actes les plus graves et de décider en cas de différents[1058], le juge des tutelles est encore plus présent en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire. Aux termes de l'article 389-6 du Code civil, il doit en effet autoriser tous les actes de disposition. De plus, il « exerce une surveillance générale sur les administrations légales et les tutelles de son ressort »[1059], qui n'est le plus souvent véritablement mise en place que pour les administrations légales sous contrôle judiciaire.

801. Ainsi, lorsqu'un parent civilement incapable exerce l'administration légale sous contrôle judiciaire, ses prérogatives sont encadrées par le juge des tutelles, comme c'est le cas

[1057] Article 389-5 al. 1 du Code civil.
[1058] Article 389-5 al. 2 du Code civil.
[1059] Article 395 al.1 du Code civil.

pour tout administrateur légal. Mais il peut faire seul les actes d'administration et conservatoire, qui ne relèvent alors que du principe de surveillance générale prévu à l'article 395 du Code civil. Il est donc souhaitable, dans l'intérêt de l'enfant, que cette surveillance du juge des tutelles soit plus effective lorsque le parent est civilement incapable, ce qui soulève la difficulté de porter à la connaissance du juge la paternité ou la maternité d'un incapable[1060]. Les tuteurs, curateurs et administrateurs légaux du parent incapable sont en la matière les mieux à même d'assumer ce rôle de signalement.

802. Au titre de cette mission de surveillance, le juge des tutelles peut « convoquer les administrateurs légaux (…), leur réclamer des éclaircissements, leur adresser des observations, prononcer contre eux des injonctions »[1061]. Cette convocation paraît très utile en cas d'incapacité civile du parent administrateur légal. Surtout, la particularité de la situation veut que le juge des tutelles soit compétent à la fois pour la protection du parent majeur incapable et pour celle de l'enfant. Il est donc bien placé pour encadrer l'exercice de l'administration légale par un parent placé sous tutelle ou curatelle, puisqu'il peut convoquer le parent incapable et contrôler les actes de gestion du patrimoine de l'enfant à un double titre.

803. Il convient cependant de nuancer l'intérêt de cette surveillance dans l'hypothèse où le parent est civilement incapable. Si le juge peut décider d'ouvrir la tutelle sur le fondement de l'article 391 du Code civil afin de sanctionner les carences de l'administrateur légal, ce qui répond sans nul doute au souci d'assurer la meilleure protection possible de l'enfant, il dispose aussi de la possibilité de prononcer une amende civile. Cette dernière mesure risque fort d'être privée d'effet lorsque le parent est un majeur incapable protégé pour une altération de ses facultés mentales, dans la mesure où ce dernier n'est pas maître de ses facultés. L'amende ne le fera pas plus déférer aux injonctions du juge. Seule une amélioration de son état aurait cet effet. Il est vrai cependant que cette sanction pécuniaire peut s'avérer efficace pour le parent incapable mineur, en lui rappelant la responsabilité qui est la sienne et que son immaturité le conduit à oublier. Dans ce dernier exemple, le juge joue bien son rôle d'encadrement de l'exercice de l'administration légale par un parent incapable : il intervient pour « recadrer » l'administrateur légal incapable, l'inciter à mieux exercer ses prérogatives,

[1060] J. Massip, *Les incapacités*, *op. cit.*, n° 345, remarque de manière générale que rien n'a été prévu pour aviser le juge des tutelles des naissances d'enfant dans son ressort. En pratique, il n'ouvre un dossier que lorsqu'il a été informé qu'un enfant a recueilli ou acquis des biens, notamment suite au décès de l'un des parents.
[1061] Article 395 al. 2 du Code civil.

sans toutefois les lui retirer, et ce dans l'intérêt de l'enfant. Par sa mission de contrôle, il partage avec le parent incapable l'exercice de l'administration légale.

804. La double qualité au titre de laquelle le juge des tutelles peut intervenir dans l'exercice de l'administration légale par un parent majeur incapable conduit à s'interroger sur un autre mode d'encadrement possible : celui assuré par les organes de protection du parent incapable, c'est-à-dire les administrateurs légaux du parent mineur non émancipé et les tuteurs et curateurs du parent majeur protégé, qui peuvent indirectement partager avec l'incapable l'exercice de l'administration légale.

B) L'application du régime de protection du parent incapable

805. L'encadrement est ici assuré par un tiers qui dispose de pouvoirs non plus sur l'enfant mais sur le parent incapable. Dans le cadre de leur mission de protection, les administrateurs légaux, tuteurs et curateurs du parent incapable peuvent indirectement participer à l'exercice par ce parent de l'administration légale sur son propre enfant, et ce bien qu'ils n'aient théoriquement aucune compétence pour participer à la protection de cet enfant. L'importance de ce rôle varie selon le régime de protection dont bénéficie le parent incapable. Une distinction doit être opérée selon qu'il est mineur (1) ou majeur (2).

1. Le parent incapable mineur

806. Le parent mineur non émancipé est placé sous administration légale ou sous tutelle. Lorsqu'il est lui-même apte à se voir confier l'administration légale sur son propre enfant, l'exercice de leurs prérogatives par ses propres parents conduit à une situation paradoxale[1062] : l'incapable gère seul le patrimoine de son enfant, mais pas le sien. Il peut ainsi être amené à faire des actes qu'il n'est pas autorisé à faire pour lui-même. Face à cette difficulté, plusieurs solutions ont été envisagées.

807. Lorsque le mineur est tuteur de son enfant, comme ce peut être aujourd'hui le cas en application de l'article 391 du Code civil, certains auteurs[1063] ont souhaité faire appel au

[1062] En ce sens notamment, J.-F. Tallet, *Incapacité ou capacité du mineur*, Thèse Bordeaux IV 1983, p. 376.
[1063] G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, vol. 7, A. Lahure 1879, n° 465 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, vol. 3, G. Thorel et E.

subrogé tuteur de l'enfant, au motif qu'il s'agit d'affaires concernant la tutelle de l'enfant pour la surveillance de laquelle il est préposé. Dans cette hypothèse, la tutelle est préférable à l'administration légale car elle permet un contrôle plus important du tuteur. Mais cette idée est transposable à la situation dans laquelle le parent mineur est administrateur légal et non tuteur de son enfant. Il suffit alors de faire intervenir les organes de contrôle de l'administrateur légal, c'est-à-dire ici le juge des tutelles. Ainsi, le parent mineur qui exerce l'administration légale ne peut effectuer les actes qu'il ne pourrait faire pour lui-même qu'avec l'assistance du juge des tutelles. Ce système paraît cependant extrêmement lourd à faire fonctionner. Le recours au subrogé tuteur est d'ailleurs qualifié « d'expédient » par ceux-là même qui le prônent[1064].

808. Dans cette même hypothèse, d'autres auteurs[1065] se sont prononcés en faveur de l'intervention de l'autorité chargée d'assister le parent mineur incapable. En ce sens, et bien que le principe soit que le régime de protection du parent mineur non émancipé ne le prive pas de la gestion des biens de son enfant[1066], le tribunal civil de la Seine, le 27 février 1897[1067], a décidé à propos d'une veuve mineure[1068] nommée tutrice de son enfant qu'elle ne pouvait agir dans une instance en partage dans laquelle l'enfant était intéressé sans l'assistance de son propre curateur. André Raison peut ainsi soutenir que la mise en œuvre du régime de protection du parent mineur pour la gestion des biens de l'enfant lui paraît être « de beaucoup, le plus simple et le plus logique »[1069]. Par cette nécessaire assistance, les parents de l'incapable s'immiscent en partie dans l'exercice de l'administration légale. S'il ne s'agit pas véritablement d'un partage de l'administration légale, leur intervention permet cependant d'encadrer le parent incapable.

Guilbert éditeur, Paris, 4e éd., 1844, n° 502 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, T. 1, 7e éd. par A. Ponsard, Librairies Techniques 1964, § 99, n° 398 texte et note 1 ; C. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. 1, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4e éd., 1869, n° 39 p. 400, ont finalement eux aussi adopté cette solution, au motif qu'il s'agit de sauvegarder les intérêts du pupille et non ceux du tuteur mineur.

[1064] C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, T. 1, 7e éd. par A. Ponsard, n° 398 préc.

[1065] K.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, Traduit de l'allemand, revu et augmenté par C. Aubry et C. Rau, T. 1, F. Lagier Librairie-éditeur, Strasbourg, 2e éd., 1843, p. 359 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. 2, Delamotte et fils éditeurs, Paris, 7e éd., 1873, art. 442, p. 238 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, T. 1 par G. Ripert, R. et J. Savatier, LGDJ, 1952, n° 251 bis.

[1066] *Cf.* les articles 442-1e et 389-7 du Code civil, et *cf. supra* § 628.

[1067] Trib. civ. Seine, 27 février 1897 : *DP* 1897, 2, p. 303.

[1068] et donc émancipée par le mariage.

[1069] A. Raison, *op. cit.*, n° 153-2, p. 88 ; et Sol. Prat. J.N. 1987, art. 59131, p. 1040, n° 5, où l'auteur envisage aussi une tutelle provisoire.

809. Une autre solution est encore proposée par un auteur[1070] qui envisage de distinguer selon l'âge du parent incapable. Selon cette théorie, en dessous d'un certain seuil, le parent mineur ne se voit pas confier l'administration légale. Les grands-parents de l'enfant le prennent en charge et doivent consulter les parents avant chaque décision. Au-dessus de ce seuil qui pourrait être fixé à 16 ans pour uniformiser le régime de l'émancipation, le parent mineur exerce pleinement l'administration légale, sans restriction pour les actes qu'il ne pourrait pas faire pour lui-même. Mais cette théorie ne fait en réalité que poser une autre présomption d'inaptitude. Elle opte pour l'âge de 16 ans au lieu de celui de 18 ans pour décider qu'une personne peut être administrateur légal. Or, les problèmes qui peuvent se poser face à l'exercice de l'administration légale par un mineur incapable ne sont pas seulement liés à son inaptitude. La fixation d'un nouveau seuil ne résout pas vraiment la contradiction qu'il y a à laisser une personne effectuer pour autrui des actes qu'elle ne peut faire pour elle-même.

810. Aucune de ces solutions n'est vraiment satisfaisante. Il n'est pas cohérent de poser le principe de l'indifférence à la minorité des père et mère pour revêtir la qualité d'administrateur légal et en même temps de décider la mise en œuvre de leur régime de protection pour exercer leurs prérogatives. De plus, la notion d'assistance envisagée reste à préciser : s'agit-il d'un simple accompagnement ou d'une véritable autorisation, ce qui donnerait alors aux parents de l'incapable mineur un véritable droit de veto, et indirectement un pouvoir équivalent à celui de l'administrateur légal sur l'enfant ? La solution à retenir est incertaine. Un principe doit cependant être adopté : l'administrateur légal du parent incapable n'est jamais directement compétent pour assumer lui-même la mission de protection du patrimoine de l'enfant. Il ne peut intervenir que pour assister le mineur non émancipé dans l'exercice de ses prérogatives, ce qui s'analyse comme un soutien ou un accompagnement mais non pas comme la nécessité d'autoriser les actes. Cette assistance ne saurait de plus être systématique. A défaut, le principe selon lequel le mineur peut être administrateur légal serait vidé de son sens. Il convient d'ailleurs de remarquer que la décision précitée du 27 février 1897 porte sur une action en justice, domaine dans lequel une personne incapable ne peut jamais ester seule.

[1070] J. Cazals, *Age et droit privé*, Thèse Paris II, 1976, p. 291 et s.

811. De plus, l'intervention des parents du parent mineur peut également être envisagée au regard de leur qualité de grands-parents. Ils peuvent *a priori,* en effet, revendiquer à ce titre une certaine « part de l'autorité parentale »[1071]. Ils peuvent ainsi notamment consentir au mariage de leur petit-enfant mineur lorsque ses parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté[1072], ou encore accepter une donation pour l'enfant, même en présence des père et mère[1073]. Ces attributs ne leur donnent cependant pas la titularité de l'autorité parentale. Le Professeur Hugues Fulchiron qualifie à juste titre « d'abus de langage » la référence de l'article 378 al. 2 du Code civil à la notion de « part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants »[1074].

812. La seule hypothèse certaine d'intervention indirecte des parents du parent mineur se trouve dans le domaine de la jouissance légale dont bénéficie le mineur non émancipé qui exerce l'administration légale. Plus exactement, les charges de cette jouissance, qui comprennent notamment aux termes de l'article 385-2e du Code civil « la nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant », ce qui renvoit à l'obligation d'entretien de l'article 203 du Code civil, impliquent une certaine stabilité patrimoniale, une rigueur dans la gestion. Or telle est notamment la mission des protecteurs d'un incapable, qu'il soit mineur ou majeur. En d'autres termes, en assurant une bonne gestion du patrimoine de l'incapable, ses organes de protection lui permettent de s'acquitter de son obligation d'entretien, et ainsi participent indirectement à la protection de l'enfant.

813. Ainsi, *de lege lata*, l'encadrement de l'exercice de l'administration légale par un parent mineur non émancipé manque de clarté. *De lege ferenda*, il faut souhaiter mettre l'accent sur le rôle des principaux organes de protection des mineurs que sont les tuteurs et les administrateurs légaux. C'est à eux qu'il appartient de permettre au parent mineur d'exercer ses pouvoirs sans aller à l'encontre des intérêts de l'enfant, ce qui peut passer par leur confier temporairement une part de l'exercice de l'autorité parentale. Cette idée se retrouve dans l'hypothèse où le parent est un majeur incapable. Mais le caractère très exceptionnel de l'exercice de l'administration légale par une personne majeure sous tutelle ou curatelle, qui n'est envisageable que lorsque celle-ci dispose d'une certaine aptitude, oblige à distinguer cette situation de celle du parent mineur.

[1071] *Cf.* article 378 al. 2 du Code civil.
[1072] Article 150 du Code civil.
[1073] Article 935 al. 2 du Code civil.
[1074] H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 27.

2. Le parent incapable majeur

814. L'exercice de l'administration légale par un parent majeur sous tutelle ou curatelle est exceptionnel. Il n'est cependant pas totalement exclu, si la preuve de l'aptitude de l'incapable à exprimer une volonté consciente est rapportée, sans qu'il soit pour cela nécessaire de faire appel aux articles 501 et 511 du Code civil[1075].

815. Dans l'hypothèse où une telle aptitude est caractérisée, le parent majeur incapable se trouve alors dans une situation similaire à celle du parent mineur non émancipé : il est considéré comme apte à effectuer pour son enfant des actes qu'il est incapable de faire pour lui-même. Face à cette contradiction, plusieurs solutions peuvent être envisagées.

816. Il est tout d'abord possible de restituer une partie de sa capacité au majeur protégé sur le fondement des articles 501 et 511 du Code civil. L'intéressé dispose alors d'une capacité à exercer ses droits correspondant à l'aptitude à exercer ses pouvoirs. Cette solution a l'avantage de la simplicité. Mais elle ne règle pas vraiment le problème de l'exercice de ses prérogatives par une personne incapable, puisqu'elle revient à mettre fin à cette incapacité pour les actes qui soulèvent des difficultés.

817. Il est ensuite possible de faire jouer le régime de protection du parent incapable, c'est-à-dire de faire intervenir le tuteur ou le curateur du parent majeur. Si la protection de l'enfant ne relève pas directement de leur compétence, il a en effet déjà été admis qu'ils peuvent assister le parent incapable dans sa tâche, comme si l'acte l'intéressait personnellement[1076]. Il reste cependant, comme précédemment pour le parent mineur, à déterminer si l'assistance s'analyse comme une autorisation ou comme un simple accompagnement. Retenir la première hypothèse est ici encore plus surprenant que lorsque le parent incapable est mineur, dans la mesure où le droit de veto ainsi accordé l'est à des personnes qui peuvent n'avoir aucun lien de filiation avec l'enfant, voire lui être complètement étranger[1077]. Les tuteurs et curateurs du parent incapable pouraient ainsi indirectement partager l'exercice de l'administration légale sur un enfant avec lequel ils n'ont

[1075] *Cf. supra* § 641.
[1076] En ce sens, pour le cas d'un père administrateur légal pourvu d'un conseil judiciaire : Req., 10 novembre 1897 : *DP* 1898, 1, p. 310 ; *S.* 1901, 1, p. 524.
[1077] tel est par exemple le cas dans l'hypothèse où le parent majeur incapable est placé sous tutelle ou curatelle d'Etat confiée à une association tutélaire.

aucun lien. Cette solution doit être écartée. Elle ne repose sur aucun fondement. Les tuteurs et curateurs du parent majeur incapable n'exercent pas l'administration légale et leur donner un pouvoir d'autorisation reviendrait à opérer une confusion avec le système de cogestion existant entre les administrateurs légaux. *De lege lata*, l'intervention des tuteurs et curateurs ne peut que se limiter à un rôle d'accompagnement, c'est-à-dire à une aide apportée en pratique au parent majeur incapable dans l'exercice de ses prérogatives. Mais l'importance de certaines décisions pouvant être prises ne peut se satisfaire du caractère informel de cette solution.

818. Le partage, avec le tuteur ou le curateur, de l'exercice de l'administration légale exercée par un parent majeur incapable doit donc être exclu *de lege lata*. Lorsque ce dernier dispose de l'aptitude nécessaire, il peut exercer l'administration légale en toute indépendance de son tuteur ou de son curateur. Il convient de remarquer que cette situation n'est pas forcément contraire à l'intérêt de l'enfant. D'une part, la nécessité de rapporter la preuve de l'aptitude du parent majeur incapable à excercer l'administration légale pour écarter la prohibition posée par l'article 442-2^{e} du Code civil permet, au moins dans une certaine mesure, de s'assurer du bon exercice de ce pouvoir. D'autre part, l'enfant ne dispose le plus souvent que d'un très faible patrimoine, ce qui limite l'intervention de l'administrateur légal et par la même les contradictions possibles avec les actes que le parent incapable ne peut pas faire pour lui-même.

819. Ainsi, il apparaît que l'application du régime de protection des parents incapables, comme celui de l'administration légale sur l'enfant, ne répond pas de manière satisfaisante aux difficultés nées de l'incapacité du ou des parents. *De lege lata*, la protection de l'enfant n'est correctement assurée que lorsque le parent incapable est apte à exercer seul l'administration légale ou lorsqu'on a recours à une mesure de retrait de ses prérogatives. D'autres solutions plus claires doivent donc être envisagées pour mieux concilier le respect des prérogatives parentales et la défense des intérêts de l'enfant.

§ 2. L'instauration de nouveaux systèmes

820. L'objectif est de mieux concilier le respect des prérogatives du parent incapable avec la protection de l'enfant. Pour répondre à ce conflit d'intérêts, il est envisageable de

nommer un administrateur *ad hoc* lorsqu'un incapable exerce l'administration légale et doit effectuer un acte qu'il ne pourrait faire pour lui-même (A). Il est également possible de faire appel au système de la fiducie pour justifier l'intervention des organes de protection du parent incapable dans l'exercice de l'administration légale sur son enfant (B).

A) La nomination d'un administrateur *ad hoc*

821. La nomination d'un administrateur *ad hoc* est envisagée par les articles 388-2 et 389-3 al. 2 du Code civil pour répondre à une situation d'opposition d'intérêts[1078]. Le système a pour but de respecter les deux parties. C'est pourquoi il correspond parfaitement à la situation de l'exercice par un parent incapable de l'administration légale sur son enfant. Il permet de faire intervenir un tiers dans l'exercice de l'administration légale, en donnant une solution au problème des actes à effectuer que le parent incapable ne pourrait pas faire pour lui-même. Autrement dit, la nomination de l'administrateur *ad hoc* fixe les limites des prérogatives du parent incapable. Il faut alors vérifier en quoi la situation envisagée peut correspondre à une cause de nomination d'un administrateur *ad hoc* (1), avant de constater les effets avantageux d'une telle nomination pour résoudre les difficultés posées par l'incapacité du ou des parents (2).

1. La caractérisation d'une cause de nomination d'un administrateur ad hoc

822. Deux dispositions du Code civil sont relatives à l'administrateur *ad hoc*. D'une part, aux termes de l'article 389-3 al. 2 du Code civil, l'administrateur légal doit faire nommer un administrateur *ad hoc* lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur. A défaut de diligence de sa part, le juge peut faire de même à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office. D'autre part, l'article 388-2 du Code civil prescrit au juge des tutelles ou à défaut au juge de l'instance en cours de procéder à une telle nomination lorsque dans une procédure, les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux. Par ce dernier texte, le législateur rend ainsi plus complexe la situation dans laquelle un mineur est opposé à son ou ses parents dans le cadre d'une

[1078] Pour une vision générale de l'institution, voir notamment les actes du colloque sur *L'administrateur ad hoc*, à l'initiative de la fondation pour l'enfance, en date du 29 juin 2001, éd. Erès, 2002 ; J. Massip, *Les incapacités*, Defrénois, 2002, n° 16 et s. p. 55 ; M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 536 et s. ; G. Favre-Lanfray, *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, Thèse Grenoble 2000, ANRT 2004, spéc. p. 243 et s.

procédure. Le mineur peut en effet dans ce cas se voir appliquer l'article 389-3 al. 2, pour lequel le juge peut intervenir sans y être obligé et qui concerne tous les enfants en conflit d'intérêts avec leurs administrateurs légaux. Mais il peut aussi relever de l'article 388-2, spécifique aux procédures en cours[1079], aux termes duquel le juge semble avoir l'obligation de procéder à cette nomination[1080]. Il faut alors en ce cas préférer l'application de l'article 388-2, qui apparaît comme le texte spécial face à la règle générale de l'article 389-3 al. 2 du Code civil[1081].

823. Le juge doit ainsi nommer un administrateur *ad hoc* à un enfant lorsque ses intérêts sont en opposition avec son administrateur légal dans le cadre d'une procédure. Il peut le faire, mais sans obligation, dans les autres hypothèses. Dans tous les cas, l'opposition d'intérêts est au cœur du dispositif. Elle se définit comme la situation dans laquelle la satisfaction de l'un nuit aux intérêts de l'autre[1082]. A titre d'exemple, tel est souvent le cas en matière successorale, lorsque l'enfant et l'un de ses parents sont tous les deux appelés à la même succession[1083]. Cette indispensable condition doit être constatée par le juge.

824. Certains auteurs soutiennent cependant que la cause de la nomination d'un administrateur *ad hoc* ne réside pas dans cette opposition d'intérêts, mais plutôt dans la nécessité pour l'enfant de se faire représenter par un tiers[1084]. Il est vrai que c'est ce que semble exprimer le législateur à travers l'article 388-2 du Code civil, qui traite expressément de la désignation d'un administrateur *ad hoc* dans le but de représenter l'enfant. Par suite, « il ne sert à rien de constater une opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant légal lorsque le mineur n'a pas à être représenté dans l'instance, c'est-à-dire lorsqu'il n'est ni demandeur ni défendeur »[1085]. Dans cette hypothèse, la nomination d'un administrateur *ad hoc* ne répond donc pas à toutes les difficultés rencontrées lorsque l'administrateur légal est

[1079] Au regard de l'expression « dans une procédure », la nomination d'un administrateur *ad hoc* pour engager un procès relèvera de l'article 389-3 du Code civil.
[1080] Voir sur ce point, Pascale Salvage-Gerest, *J.-Cl. civ.* préc., art. 389 à 392, Fasc. 20, 2002, n° 29.
[1081] En application de l'adage *specialia generalibus derogant*.
[1082] Sur cette notion, voir P. Salvage-Gerest, *J.-Cl. civ.* préc., art. 389 à 392, Fasc. 20, 2002, n° 28 et s. ; R. Demogue, « De la notion d'opposition d'intérêts en matière de tutelle », *Journal des notaires et des avocats* 1933, art. 37391 **;** Pour un exemple sur le fondement de l'article 389-3, voir Cass. 1re civ., 5 janvier 1999 : *Dr. famille* mai 1999, comm. n° 58, obs. Th. Fossier ; *RTD civ.* 1999, p. 814, obs. J. Hauser.
[1083] en ce sens, J. Massip, *Les incapacités*, *op. cit*., n° 18.
[1084] Voir notamment sur ce point : Pour une conception restrictive C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs » : *JCP* G 2000, I, 228, n° 4 ; J. Massip, *Les incapacités*, *op. cit*., n° 18 ; Pour une conception extensive : J. Rubellin-Devichi, « Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 » : *JCP* G 1993, I, 3659, spéc. n° 23 ; A. Gouttenoire-Cornut : « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr. famille* avr. 1998, chron. n° 6.
[1085] C. Neirinck, art. préc., n° 4.

incapable, mais seulement à celles liées à son impossibilité d'assurer la représentation de l'enfant.

825. Toutefois, la Cour de cassation[1086] admet la nomination d'un administrateur *ad hoc* dans une procédure dans laquelle l'enfant n'est pas partie et ne doit pas être représenté, affirmant ainsi que l'opposition d'intérêts est « une condition nécessaire mais suffisante »[1087]. Il est donc possible de nommer un administrateur *ad hoc* pour pallier l'inaptitude des parents à défendre les intérêts de l'enfant et non pas seulement pour assurer sa représentation. Mais il est vrai que « l'administrateur *ad hoc* ne doit pas être la « bonne à tout faire », désigné pour résoudre des difficultés insolubles ou pour éviter l'ouverture d'une tutelle, lorsque les parents n'offrent plus de garanties suffisantes. Il ne peut qu'être un suppléant momentané du représentant légal de l'enfant, dans le cadre d'une administration légale qui fonctionne correctement »[1088].

826. Ainsi, pour caractériser l'existence d'une cause de nomination d'un administrateur *ad hoc* lorsque l'administrateur légal est incapable, il faut établir la nécessité de désigner un tiers pour protéger les intérêts de l'enfant au lieu et place de ses parents.

827. En faveur de la nomination d'un administrateur *ad hoc* lorsque l'administrateur légal est incapable, il convient de constater que, d'une certaine façon, l'administrateur *ad hoc* se voit confier le rôle dévolu au subrogé tuteur dans la tutelle, lorsque les intérêts du pupille sont en opposition avec le tuteur[1089]. Par suite, dans la lignée des auteurs préconisant l'intervention du subrogé tuteur lorsque le parent incapable mineur est le tuteur de son enfant[1090], il convient de vérifier en quoi la nomination d'un administrateur *ad hoc* peut répondre à la difficulté née de l'incapacité de l'administrateur légal.

828. L'impératif de représentation de l'enfant mineur naît avant tout de l'état d'incapacité qui l'affecte. Il ne peut agir seul mais n'est pas privé de la titularité de ses droits. Il doit donc pour les exercer être représenté. La particularité de la cause de la nomination d'un

[1086] Cass. 1re civ., 23 février 1999, Buratti : *Bull. civ.* I, n° 66 ; *D.* 1999, IR p. 79 ; *JCP* G 2001, I, 293, n° 6, obs. Y. Favier ; *Dr. famille* déc. 1999, comm. n° 146, note A. Gouttenoire-Cornut ; *RTD civ.* 1999, p. 601, n° 5, obs. J. Hauser.
[1087] A. Gouttenoire-Cornut, note sous Cass. 1re civ., 23 février 1999, préc.
[1088] C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP* N 1991, Doctrine p. 180.
[1089] En ce sens, F. Ghelfi-Tastevin, « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites affiches* n° 31 du 13 mars 1998, p. 4, spéc. n° 6.
[1090] *Cf. supra* § 807.

administrateur *ad hoc* tient en plus à ce qu'ici, il est nécessaire pour l'enfant mineur de se faire représenter par un tiers. La nomination doit donc trouver sa justification dans l'absence de représentation assurée par les administrateurs légaux. Or, lorsque l'administrateur légal est incapable, il peut avoir des difficultés à assurer son rôle de représentant légal pour les actes qui dépassent sa propre capacité. Dans ce cas et pour ce type d'acte, la nomination d'un administrateur *ad hoc* est une réponse possible[1091]. Deux arguments conduisent plus précisément à rendre nécessaire la nomination d'un administrateur *ad hoc* prévue aux articles 388-2 et 389-3 al. 2 du Code civil.

829. Tout d'abord, le comportement des parents incapables peut en lui-même rendre nécessaire l'intervention d'un tiers. Peu importe que ce comportement soit actif ou passif[1092]. Il suffit de constater qu'un acte nécessaire à la protection des intérêts de l'enfant n'a pas été ou a été mal effectué. Or, le manque de maturité ou l'altération des facultés peuvent donner lieu à de telles carences parentales. La cause de leur placement sous un régime de protection constitue donc également la cause de la nomination d'un administrateur *ad hoc*. Mais aucun automatisme ne peut cependant exister. Il est nécessaire de constater la défaillance du ou des administrateurs pour l'acte envisagé en particulier. L'incapacité du ou des parents ne change ici rien aux règles applicables. La désignation d'un administrateur *ad hoc* apporte une réponse ciblée à un problème précis.

830. Ensuite, le statut de mineur ou de majeur incapable peut en lui-même priver l'administrateur légal de la possibilité de protéger les intérêts de l'enfant et par suite rendre nécessaire la nomination d'un administrateur *ad hoc*. C'est sur ce point que cette nomination répond parfaitement à la difficulté soulevée par les actes qu'une personne peut être amenée à faire pour son enfant alors qu'elle ne peut pas les faire pour elle-même. Dans cette hypothèse, la nomination d'un administrateur *ad hoc* est toujours systématique pour les actes de disposition qu'un administrateur légal mineur ou majeur incapable doit effectuer en cette

[1091] Voir A.-M. Sohm-Bourgeois, « Minorité-Majorité », *Rép. civ. Dalloz*, oct. 1996, n° 37, qui se prononce pour l'assistance du parent incapable par un administrateur *ad hoc* pour les actes qui dépassent sa propre capacité. Voir déjà M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français,* T. 1, *Les personnes*, 2e éd. par R. Savatier, LGDJ, 1952, n° 251 bis, qui parlent de conseil *ad hoc* ; J.-F. Tallet, *Incapacité ou capacité du mineur*, Thèse Bordeaux 1983, p. 377.

[1092] C'est ainsi que le fait pour une mère de ne pas dresser l'inventaire d'une succession dans les délais requis justifie la nomination d'un administrateur *ad hoc* : Cass. 1re civ., 16 avril 1991 : *RTD civ.* 1991, n° 7, p. 500, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 1991, art. 35008, p. 952, n° 69, obs. J. Massip ; *D.* 1991, IR p. 144 ; M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 603, y voit cependant un indice de dévoiement de l'administrateur *ad hoc*, qui « n'a pas à être utilisé pour combler les failles du régime d'administration légale ».

qualité puisqu'il n'a pas la capacité de les faire pour lui-même, sauf le recours à l'émancipation ou aux articles 501 et 511 du Code civil. Ce système a pour avantage de faire relever la plus grande partie de l'administration légale du domaine de l'autonomie du parent incapable, dans la mesure où la faible importance du patrimoine de l'enfant rend assez rare la réalisation d'actes de disposition, tout en s'assurant avec certitude d'une protection efficace de l'enfant pour les actes plus importants. Qu'il s'agisse d'une administration légale pure et simple ou sous contrôle judiciaire ne change rien au rôle de l'administrateur *ad hoc*. Il effectue dans les deux cas les actes que le parent incapable ne peut pas faire pour lui-même. La seule différence réside dans le fait qu'il partage le pouvoir d'agir avec l'autre parent dans l'administration légale pure et simple, et avec le juge des tutelles dans l'administration légale sous contrôle judiciaire.

831. Ainsi, une cause de nomination d'un administrateur *ad hoc* peut être caractérisée lorsque le ou les administrateurs légaux sont incapables. Il convient alors de généraliser le recours à cette institution, qui répond parfaitement aux difficultés posées par l'incapacité du ou des parents.

2. Les effets de la nomination d'un administrateur ad hoc

832. Traditionnellement, la nomination d'un administrateur *ad hoc* ne concernait que la gestion des biens de l'enfant[1093]. Mais la Cour de cassation a étendu le champ d'application de cette mesure, en admettant sa mise en œuvre dans des instances relatives à la personne de l'enfant[1094]. En ce sens, l'instauration de l'article 388-2 du Code civil par la loi du 8 janvier 1993 marque la volonté de nommer un administrateur *ad hoc* dans toute procédure, qu'elle soit de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale, dès lors qu'une opposition d'intérêts est caractérisée entre le mineur et ses représentants légaux[1095]. Cette interprétation extensive a pour effet de faciliter la protection de l'enfant quel que soit le domaine dans lequel il rencontre des difficultés à faire valoir ses droits.

[1093] en ce sens notamment, J. Carbonnier, *op. cit.*, vol. 1, n° 436, p. 903.

[1094] Cass. 1re civ., 18 mars 1981 : *Bull. civ.* I, n° 95 ; *D.* 1982, somm. p. 260, obs. D. Huet-Weiller ; *JCP* G 1981, IV, 199 (à propos d'une action en contestation de reconnaissance). De même, l'article 317 du Code civil envisage la nomination d'un administrateur *ad hoc* en cas de désaveu. En ce sens, M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 546 et s.

[1095] En ce sens, Cass. 1re civ., 23 février 1999, préc.

833. La mission de l'administrateur *ad hoc* reste cependant toujours spéciale et doit être strictement délimitée, comme en témoigne d'ailleurs sa dénomination[1096]. Il représente le mineur à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes précis, ou dans une instance déterminée. Il n'exerce en aucun cas l'autorité parentale et ne dispose pas du droit de jouissance légale. La nomination d'un administrateur *ad hoc* ne prive pas les parents de l'administration légale[1097]. Seul l'objet de la mission de l'administrateur *ad hoc* ne relève plus de leur compétence. Son intervention fixe ainsi un cadre à l'exercice de l'administration légale par une personne incapable : l'administrateur *ad hoc* se limite à faire ce que le parent incapable ne peut pas faire, sans lui retirer l'ensemble de ses prérogatives. L'administration *ad hoc* ne constitue pas une mesure de retrait de l'autorité parentale[1098]. La nomination d'un administrateur *ad hoc* réussit de cette manière à concilier le respect des prérogatives du parent incapable et le souci de protéger au mieux les intérêts de l'enfant.

834. Le domaine de compétence de l'administrateur *ad hoc* est strictement limité par la jurisprudence. La Cour de cassation[1099] affirme en effet qu'il ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente[1100]. Il ne faut cependant pas en déduire que l'administrateur *ad hoc* ne peut être nommé que lorsque le mineur a un « droit substantiel autonome »[1101] ou est partie à la procédure. Mais si tel n'est pas le cas, l'administrateur *ad hoc* demeure un tiers à la procédure. Il ne peut pas alors exercer au nom du mineur les voies de recours pour lesquelles celui-ci ne dispose pas de la qualité à agir[1102]. Toutefos, il est vrai que la jurisprudence n'hésite pas à nommer un administrateur *ad hoc* dans des hypothèses où les parents agissent en leur propre nom et non en représentation de l'enfant, ce qui peut être la marque d'une certaine substitution dans les droits parentaux[1103]. D'ailleurs, la représentation assurée par l'administrateur *ad hoc* s'apparente sur certains points à celle effectuée par les administrateurs

---

[1096] *Ad hoc* / à cette fin. « L'expression s'applique à toute personne ou à tout organe qui est investi d'une mission précise et momentanée et qui reçoit des pouvoirs limités pour cela », *in* H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, 4e éd., 1998.

[1097] En ce sens, voir notamment C. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP* N 1991, Doctrine p. 180, n° 4. Et voir Cass. crim., 4 décembre 1996 : *Bull. crim.*, n° 446.

[1098] G. Favre-Lanfray, thèse préc., n° 479 et s.

[1099] Cass. ch. mixte, 9 février 2001 : *JCP* G 2001, II, 10514 note Th. Fossier ; *Dr. famille* mai 2001, comm. n° 53, note A. Gouttenoire-Cornut ; *RJPF* 2001-4/38, note P. Guerder.

[1100] Voir pour une opinion critique : J. Hauser, « De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte, 9 février 2001) : *RJPF* 2001, n° 6, analyse p. 6. L'auteur critique la solution proposée par la Cour de cassation : dans la mesure où l'administrateur *ad hoc* représente l'enfant par subrogation, il doit hériter du pouvoir général des parents et ne pas se limiter aux droits qu'avait le mineur.

[1101] J. Hauser, obs. sous Cass. 1re civ., 23 février 1999, préc.

[1102] En ce sens, A. Gouttenoire-Cornut, note sous Cass. ch. mixte, 9 février 2001, préc.

[1103] Tel est le cas en matière d'assistance éducative. *Cf.* C. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP* G 2000, I, 228, n° 4.

légaux : l'administrateur *ad hoc* ne représente pas la volonté de l'enfant mineur mais prend seulement en charge la défense de ses intérêts[1104]. Il ne peut pas intervenir dans les procédures ou les actes pour lesquels l'enfant mineur peut agir seul : il ne doit pas le priver de l'exercice de ses droits éminemment personnels. Cette assimilation de l'administration *ad hoc* à l'administration légale est même expressément affirmée par la jurisprudence : « dans les limites de la mission qui lui est confiée[1105], l'administrateur *ad hoc* a qualité pour accomplir seul tous les actes qu'un tuteur peut faire sans l'autorisation du conseil de famille »[1106].

835. Dans tous les cas, la nomination d'un administrateur *ad hoc* pallie les défaillances parentales quant à la protection de l'enfant. Il ne s'agit ni d'une mesure de représentation, ni d'une mesure d'assistance des parents. Cette nomination a pour effet de désigner un tiers pour prendre part à la protection de l'enfant là où les administrateurs légaux ne peuvent ou ne veulent plus assumer cette mission. C'est donc un partage de l'exercice de l'administration légale dont il est question, et non d'une représentation des administrateurs légaux, qui ne sont d'ailleurs en aucun cas engagés par les actes réalisés par l'administrateur *ad hoc*.

836. Appliquée à l'hypothèse de l'incapacité parentale, la nomination d'un administrateur *ad hoc* permet la poursuite de l'administration légale, en mettant fin à la contradiction existante entre ce que les administrateurs légaux incapables peuvent faire dans le cadre de l'exercice d'un droit et ce qu'ils peuvent faire dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir. En d'autres termes, la protection de l'enfant est donc assurée par ses parents administrateurs légaux lorsque leur capacité et leur aptitude le leur permettent, et par l'administrateur *ad hoc* lorsque tel n'est pas le cas.

837. La nomination d'un administrateur *ad hoc* constitue ainsi une réponse possible à l'incapacité du ou des administrateurs légaux. De la même façon, *de lege ferenda* dans la mesure où cette institution n'a actuellement pas de reconnaissance légale[1107], il faut s'interroger sur la possible application de la fiducie.

[1104] En ce sens, A. Gouttenoire, « L'administrateur *ad hoc* dans le cadre de la loi n° 98-22 du 8 janvier 1993 » : *Petites affiches* n° 53 du 3 mai 1995, p. 87.

[1105] C'est-à-dire pour l'acte, le type d'acte, ou la procédure en particulier.

[1106] Cass. 1re civ., 8 mars 1988 : *Bull. civ.* I, n° 63 ; *Defrénois* 1988, art. 34309, p. 1024, obs. J. Massip. Pour exercer les actions extrapatrimoniales, dans l'hypothèse où le juge lui reconnaissait ce pouvoir même avant 1993, l'administrateur *ad hoc* devait obtenir l'autorisation du conseil de famille (article 464 al. 3 du Code civil)

[1107] Un premier projet de loi, déposé le 20 février 1992 sur le bureau de l'Assemblée nationale, n° 2583, n'a pas connu de suite. Une nouvelle proposition (n° 178) a été déposée au Sénat le 8 février 2005 par M. Philippe Marini et est actuellement en discussion. Cette proposition envisage expressément la fiducie comme moyen pour

B) Le recours à la fiducie

838. La fiducie peut se définir comme « un contrat par lequel un constituant (le fiduciant) transfère tout ou partie de ses droits à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé au profit de bénéficiaires ou du constituant lui-même »[1108]. Tirée du droit romain, cette institution suppose un contrat entre le fiduciant et le fiduciaire ou une disposition à cause de mort émanant du fiduciaire, et l'acquisition par le fiduciaire d'un droit patrimonial[1109]. Face à l'incapacité du ou des parents et aux difficultés à assumer l'administration légale qui en découle pour lui, ce système peut alors paraître attractif. Il convient de vérifier l'applicabilité d'un tel mécanisme à la situation d'une administration légale exercée par un parent incapable (1) et d'envisager les conséquences pratiques d'une telle application (2).

1. L'applicabilité de la fiducie à l'exercice d'une administration légale par un parent incapable

839. Deux domaines d'application existent : la fiducie gestion et la fiducie sûreté[1110]. Dans l'hypothèse d'un parent incapable, l'objectif étant de faciliter la gestion des biens de l'enfant, seule la fiducie gestion est intéressante. Deux modalités de mise en œuvre doivent être envisagées.

840. Il est tout d'abord possible de confier les biens de l'enfant au parent incapable en qualité de fiduciaire et non en qualité d'administrateur légal, à charge pour lui de les retransmettre à l'enfant à sa majorité. Ce transfert du patrimoine de l'enfant vers celui du parent incapable a pour but de faire relever les biens en cause du régime de protection du parent incapable. En effet, le parent incapable est assisté ou représenté quant à la gestion de son patrimoine. Certes, le régime de la fiducie conduit à ce que les biens qui quittent le patrimoine du constituant, c'est-à-dire ici l'enfant, relèvent du patrimoine d'affectation du fiduciaire, c'est-à-dire ici le parent incapable. Mais une fois admise l'existence du patrimoine d'affectation, rien ne s'oppose à l'idée d'une représentation ou d'une assistance pour sa

---

les personnes en difficulté ou vulnérables de confier leur bien à autrui, à une personne de confiance, sans avoir à recourir à la tutelle ou la curatelle.

[1108] C. Pisani, « La fiducie », *Defrénois* 1990, art. 34772, p. 537, n° 4.

[1109] Voir C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, n° 17 et 20 et s.

[1110] *Cf.* C. Witz, préc.

gestion. De même, le rejet de la théorie du patrimoine d'affectation ne fait pas obstacle à l'application de la fiducie. Dans ce cas, seuls certains droits sur les biens de l'enfant sont considérés comme étant transférés, ce qui permet néanmoins au régime de protection du parent incapable de s'appliquer. S'agissant de pure expectative, la compétence des tuteurs, curateurs et administrateurs légaux est cependant incertaine. Il est vrai que les biens de l'enfant ne tombent pas vraiment dans le patrimoine du fiduciaire. Le transfert effectué est plutôt relatif au pouvoir sur ces biens. Dans ces conditions, la fiducie n'apporte pas de nouvelle réponse à la difficulté née de l'incapacité d'un ou des administrateurs légaux.

841. Il est ensuite possible de confier les biens de l'enfant à un tiers fiduciaire, qui les lui retransmettra à sa majorité. Ce tiers peut être choisi parmi les organes de protection du parent incapable, tuteurs, curateurs ou administrateurs légaux. La fiducie s'anayse alors comme un mécanisme de transfert de pouvoir. Le tiers fiduciaire joue le rôle normalement dévolu à l'administrateur légal pour ce qui concerne la gestion des biens de l'enfant. Ce système a pour avantage de ne pas créer de conflit de compétences, dans la mesure où les biens confiés au tiers fiduciaire ont quitté le patrimoine de l'enfant et ne relèvent donc plus de l'administration légale. Pour autant, il ne règle pas véritablement le problème de l'incapacité du ou des administrateurs légaux, puisque ceux-ci restent compétents pour effectuer tous types d'actes sur les biens restés dans le patrimoine de leur enfant, même en contradiction avec leur propre capacité.

842. Dans tous les cas, il convient d'emblée de remarquer que toute l'administration légale ne bénéficie pas du système : le rôle de représentant légal qui incombe à l'administrateur légal ne profite pas de l'application de la fiducie. La fiducie ne peut permettre de transférer un tel pouvoir, qui n'appartient qu'aux parents et ne peut pas faire l'objet d'un contrat. Seule la gestion des biens de l'enfant peut être transférée.

843. De plus, la raison même de l'application envisagée de la fiducie à l'exercice de l'administration légale, à savoir l'incapacité du ou des parents, pose également problème. En effet, de prime abord et par référence au mandat, il semble qu'une personne incapable ne puisse être constituant[1111]. De même, et cette fois par opposition au mandat[1112], le fiduciaire

[1111] La proposition de loi n° 178 du 8 février 2005 est d'ailleurs en ce sens.
[1112] *Cf.* article 1990 du Code civil et TI Nîmes, 29 juin 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 13, note F.-J. Pansier ; et Cass. civ., 5 décembre 1933 : *DH* 1934, p. 49 ; *S.* 1934, 1, p. 23.

semble devoir être capable car il effectue des actes en son nom[1113]. Cependant, il est vrai qu'il ne peut exister une règle générale quant à la capacité requise en matière de fiducie[1114].

844. Un système est alors envisageable pour régler le problème de la capacité. Il est souhaitable de mettre en place une fiducie-gestion dans laquelle le constituant confie seulement la gestion de biens sans pouvoir d'aliénation de biens immeubles ou de biens meubles de valeur. Le transfert porte alors sur des actes d'administration ou conservatoire et peut donc être réalisé par un administrateur légal mineur non émancipé ou majeur sous curatelle, sauf rescision pour lésion ou réduction pour excès. Mais même dans cette hypothèse, le système révèle ses faiblesses : il n'est pas souhaitable de donner à un administrateur légal incapable le pouvoir de décider seul de représenter le constituant et de désigner le fiduciaire. Une intervention du juge, comme organe de contrôle de l'administration légale, est nécessaire[1115]. De plus, ce système ne résout pas le problème des actes les plus graves ni celui du majeur sous tutelle.

845. Ainsi, l'applicabilité de la fiducie à l'exercice de l'administration légale par un parent incapable est incertaine. Elle est pourtant envisageable dans son principe. Le mécanisme de création d'un patrimoine d'affectation soumis à la représentation ou à l'assistance ne doit pas être exclu. La fiducie est une solution qui répond avantageusement aux difficultés nées de l'incapacité du ou des administrateurs légaux.

2. Les avantages du recours à la fiducie

846. L'application de la fiducie est très avantageuse. Désigner le parent incapable comme fiduciaire permet de régler la contradiction qu'il y a à confier à une personne incapable le pouvoir de faire des actes qu'il ne pourrait pas faire pour lui-même : une fois dans le patrimoine du parent, il convient de faire appel aux mêmes règles pour la gestion des biens de l'enfant que pour celle de l'incapable, et donc de mettre en œuvre si nécessaire son régime de protection. La protection de l'enfant est ainsi mieux assurée : le régime de

[1113] En ce sens, F. Fresnel-Mettetal, *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, Thèse Paris II, 1995, p. 158.
[1114] M. Grimaldi, « La fiducie… Réflexions sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, art. 35094, p. 897 et 961, spéc. n° 38 p. 969.
[1115] Aux termes de la proposition de loi n° 178 du 8 février 2005, c'est en ce sens que seraient modifiés les articles 389-5 al. 3 et 457 al. 2 du Code civil.

protection du parent incapable fixe un cadre à ses prérogatives. Le parent incapable ne peut pas aller au-delà de sa propre capacité.

847. De même, lorsqu'un tiers est désigné fiduciaire, la fiducie permet de protéger l'enfant en assurant une meilleure gestion de son patrimoine, non par une application du régime de protection du parent incapable, mais par l'octroi de nouvelles compétences à ses tuteurs, curateurs ou administrateurs légaux, qui prennent le rôle de « personne de confiance ». Dans cette hypothèse, la fiducie fixe un cadre aux prérogatives du parent incapable administrateur légal en confiant certaines compétences, quant à la gestion des biens de l'enfant, à un tiers. Le fait que ce tiers soit également chargé de la protection du parent incapable ne fait que renforcer la protection de l'enfant en lui permettant également de s'assurer de la bonne gestion exercée par le parent incapable dont il assume la protection.

848. La fiducie permet ainsi de garantir un partage renforcé de l'administration légale avec le parent incapable qui l'exerce, en autorisant l'intervention des organes de sa protection. Ce système n'est pas loin du régime de l'assistance. Il ne s'agit plus seulement ici de ne pas laisser le parent incapable exercer seul l'autorité parentale.

849. Le partage de l'exercice des prérogatives parentales répond ainsi au souci d'assurer la protection de l'enfant de l'incapable tout en respectant les prérogatives parentales. Tel est également le cas des systèmes d'aide ou d'assistance qui peuvent être mis en place. Cette aide et cette assistance peuvent être plus ou moins fortes, mais le principe consiste toujours ici à laisser au parent incapable l'exercice de ses prérogatives.

CHAPITRE 2 : L'AIDE ET L'ASSISTANCE DANS L'EXERCICE DES PRÉROGATIVES PARENTALES

850. L'exercice de l'autorité parentale n'est pas seulement un droit, c'est aussi un devoir dans l'intérêt de l'enfant. Lorsque les parents sont défaillants, il est nécessaire de les aider à remplir leur mission[1116]. Certaines mesures peuvent permettre d'assister le parent incapable dans l'exercice de leurs prérogatives parentales, c'est-à-dire l' « aider, [le] seconder dans ses fonctions, dans sa tâche, en se tenant auprès de lui ou à sa disposition »[1117].

851. Il faut alors définir le niveau d'intervention nécessaire. Le critère réside dans l'existence ou non de danger pour l'enfant. Ainsi, la notion d'assistance regroupe des mesures variées, plus ou moins attentatoires à l'autonomie du ou des parents dans l'exercice de leurs prérogatives.

852. D'une part, s'il y a un risque de danger ou d'inadaptation sociale, l'action doit être préventive. Il est alors question de protection sociale au sens de l'article R. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles[1118], permettant d'« exercer une action sociale préventive auprès des familles dont les conditions d'existence risquent de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de leurs enfants ». Des mesures de prévention applicables à l'enfant peuvent également être assurées dans le cadre de certains aspects de la protection judiciaire, comme la mise sous tutelle des prestations sociales (Section 1). D'autre part, si le danger est avéré, la mesure ne peut être que judiciaire. Les règles de l'assistance éducative doivent bénéficier à l'enfant (section 2).

[1116] En ce sens, C. Neirinck, *Rép. civ.*, « Enfance », sept. 1998, n° 130
[1117] Le Grand Robert de la langue française, V° Assister, II, sens 1
[1118] Formulation adoptée par l'article 1er du Décret n° 59-100 du 7 janvier 1959, abrogé par l'article 4-6e du Décret n° 2004-1136 du 21 octobre 2004 pour être codifié dans la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles

Section 1 : L'aide et l'action sociale

853. La protection de l'enfant relève autant du domaine sanitaire que du domaine social[1119]. Elle fait partie de la politique catégorielle de l'aide à l'enfance et à la famille. Cette politique a pour avantage de réagir préventivement aux difficultés que peut rencontrer l'enfant, ce qui répond efficacement au problème de l'incapacité du ou des parents.

854. En matière médico-sociale, le service de la protection maternelle et infantile (PMI)[1120] est chargé notamment d'une mission de prévention dans le milieu de vie des jeunes enfants de moins de 6 ans[1121]. Ainsi, sans être spécifiquement destinée à l'enfant dont l'un des parents au moins est incapable, l'action de la PMI peut le concerner, que ce soit pour le dépistage d'un handicap dont il aurait hérité ou pour l'action préventive et le conseil aux familles nécessaire au regard de la fragilité du ou des parents et du handicap de l'enfant[1122]. Parmi les groupes vulnérables, il est possible de citer « les familles dissociées, les mères isolées, les familles à faibles revenus ou très défavorisées culturellement, les familles dont un membre est en longue maladie ou handicapée, les familles migrantes, les très jeunes couples » [1123]. Les causes de l'incapacité permettent donc le plus souvent d'inclure l'enfant et son parent incapable dans la catégorie des groupes vulnérables, des personnes les plus démunies, autorisant ainsi l'action du service de la PMI.

[1119] Pour une étude globale de l'aide sociale à l'enfance, voir notamment A. Thévenet, *L'aide sociale aujourd'hui*, ESF éditeur, 15e éd., 2004, p. 141 et s.

[1120] Articles L. 2111-1 et suivants du Code de la santé publique

[1121] Le service de la PMI il surveille, forme et contrôle les assistantes maternelles ainsi que les établissements accueillant des enfants de moins de 6 ans, et il est responsable des actions de dépistage des handicaps qui doivent être effectuées dans les écoles vers l'âge de 3 à 4 ans. Il participe également aux actions de prévention et d'éducation à domicile pour les femmes enceintes et les enfants de moins de 6 ans requérant une attention particulière.

[1122] La protection de la santé de l'enfant passe par exemple par l'incitation faite aux parents de respecter diverses obligations, comme tenir un carnet de santé, laisser l'enfant participer aux visites médicales à l'école, se soumettre aux vaccinations obligatoires contre la diphtérie ou le tétanos (Articles L. 3111-1 et L. 3111-2 du Code de la santé publique). Le caractère impératif de ces actes rend inutile la recherche du consentement parental et par suite la caractérisation d'une capacité à consentir. L'éventuelle inaptitude des père et mère à faire les démarches en ce sens sera vite révélée par les organismes auxquels la justification de ces vaccinations doit être fournie, comme les écoles, les garderies, les colonies de vacances ou autres collectivités d'enfants. L'enfant de l'incapable est ainsi concerné par la mission de la PMI qui consiste à mettre en œuvre des actions « d'accompagnement psychologique et social des femmes enceintes et des jeunes mères de famille, particulièrement les plus démunies » (article L. 2111-1-2e du Code de la santé publique)

[1123] J.-P. Rosenczveig, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Nouvelle édition, Edition jeunesse et droit, 2005, n° 2124 bis, p. 468.

855. En matière sociale, la protection de l'enfant est en partie assurée par le service départemental d'action sociale. La mission de ce service social polyvalent organisé sous la responsabilité du président du conseil général est « d'aider les personnes en difficulté à retrouver ou à développer leur autonomie de vie »[1124]. Une famille dont l'un des parents est incapable pourra être prise en charge par l'assistant polyvalent de secteur.

856. La protection sociale de l'enfant de l'incapable est principalement assurée par le service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) (§ 1). L'assistance du parent incapable peut également passer par le versement de prestations destinées à la prise en charge de l'enfant et, surtout, par la mise sous tutelle de ces prestations (§ 2).

§ 1. L'action préventive de l'aide sociale à l'enfance

857. Les conditions de l'action du service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) peuvent être analysées au regard de l'incapacité du ou des parents (A). Cette incapacité influence l'efficacité des moyens d'actions (B).

A) Les conditions de l'action confrontées à l'incapacité du ou des parents

858. Deux conditions sont nécessaires à l'action préventive du service de l'aide sociale à l'enfance. Le critère essentiel réside dans l'existence d'un risque de danger pour l'enfant. Bien que remis en cause aujourd'hui, il reste d'actualité. La situation du ou des parents incapables doit être étudiée au regard de ce critère (1). Une fois admis le caractère préventif de l'action, il s'en déduit l'impossibilité d'agir sans le consentement du ou des parents. Les conséquences de leur incapacité et de la présomption d'absence de consentement conscient doivent alors être précisées (2).

1. Le risque de danger pour l'enfant de l'incapable

859. Deux textes coexistent en la matière, bien qu'ils soient rédigés différemment. D'une part, l'article R. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « dans chaque département, le président du conseil général est chargé d'exercer une action sociale

[1124] Article L. 123-2 al. 1 du Code de l'action sociale et des familles.

préventive auprès des familles dont les conditions d'existence risquent de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de leurs enfants ». D'autre part, l'article L. 221-1 du Code l'action sociale et des familles, issu de la loi de 1986, prévoit que le service de l'aide sociale à l'enfance a pour missions « d'apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique aux mineurs, à leur famille, aux mineurs émancipés et aux personnes âgées de moins de 21 ans confrontées à des difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement leur équilibre ; [d'] organiser dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale des actions collectives visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion ou la promotion sociale des jeunes et des familles ; [de] mener en urgence des actions de protection en faveur des mineurs visés [*supra*] ; [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 ; [de] mener, notamment à l'occasion de l'ensemble de ces interventions, des actions de prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et, sans préjudice des compétences de l'autorité judiciaire, organiser le recueil des informations relatives aux mineurs maltraités et participer à la protection de ceux-ci ».

860. Il convient alors de s'interroger sur la place dévolue à la notion de danger dans l'action préventive de l'A.S.E.[1125]. En effet, si aux termes de l'article R. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles, l'action préventive est conditionnée par le risque de danger, l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles n'utilise pas le terme « danger ». Il lui préfère la notion de « risque d'inadaptation sociale »[1126] ou de « difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement [l']équilibre [des familles] »[1127]. Or la formulation du décret de 1959 a été maintenue lors de la codification de la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles par le décret du 21 octobre 2004, postérieure à la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, laquelle avait en partie modifié l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles. Il est donc aujourd'hui certain que le décret de 1959 n'a pas été abrogé par la loi du 6 janvier 1986[1128] et que le critère de danger n'a pas été abandonné. « Le danger doit donc constituer la mesure même de la protection, aussi bien administrative que judiciaire ; il doit en être la justification

[1125] *Cf.* F. Macorig-Venier : « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance ? », *RD sanit. soc.* 1993, chron. p. 170.
[1126] Article L. 221-1-2e du Code de l'action sociale et des familles.
[1127] Article L. 221-1-1e du Code de l'action sociale et des familles.
[1128] *Contra*, Ph. Ligneau, « La réforme de l'aide sociale dans la loi du 6 janvier 1986 », *RD sanit. soc.* 1986, p. 467.

et aussi la limite »[1129]. Plusieurs auteurs continuaient d'ailleurs à se référer au décret de 1959, avant sa codification dans la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles, indiquant par-là que le danger, plus exactement le risque de danger, reste un critère de l'intervention de l'aide sociale à l'enfance[1130].

861. Le danger nécessaire à l'intervention préventive de l'ASE ne se confond cependant pas avec le danger nécessaire à la protection judiciaire de l'enfant. Il est ici appréhendé dans son éventualité. C'est, en effet, le risque de danger pour la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant qui peut déclencher une action préventive, alors que lorsque le danger est avéré, une mesure d'assistance éducative peut être prononcée. Ce critère est essentiel, en ce qu'il élargit la compétence de l'ASE en matière préventive. Celle-ci ne saurait se limiter aux seules situations d'inadaptations sociales envisagées à l'article L. 221-1-2[e] du Code de l'action sociale et des familles. Cette dernière notion est trop restrictive.

862. Pour autant, la distinction opérée entre le risque de danger et le danger n'est pas à l'abri de critiques. Il est vrai que « la formule du décret du 7 janvier 1959 (…) est très proche de celle de l'article 375 du Code civil »[1131]. Le danger renvoie d'ailleurs en lui-même à l'idée de risque, ce qui conduit à penser que la notion de « risque de danger » se présente comme une tautologie[1132].

863. Toutefois, cette distinction perd de son intérêt lorsque le parent est incapable, dans la mesure où cette situation répond autant au critère du risque de danger qu'à celui de l'inadaptation sociale. En effet, de telles familles ont souvent des difficultés économiques marquant ainsi une inadaptation sociale[1133], et la notoriété de l'incapacité d'un ou des deux

[1129] Francine Macorig-Venier, précité, p. 172.
[1130] E. Alfandari, *Action et aide sociales*, Dalloz, 4[e] éd., 1989, n° 352 ; C. Neirinck, *Rép. civ. Dalloz*, V° Enfance, sept. 1998, n° 135.
[1131] E. Alfandari, *op. cit.*, n° 356 p. 518-519.
[1132] C. Neirinck, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, sept. 1998, n° 136.
[1133] Plusieurs études font état de la précarité de la population des majeurs incapables. Voir notamment Observatoire national des populations « Majeurs protégés », Rapport 2004 de l'union nationale des associations familiales, p. 86, qui note que près de 70 % des personnes concernées bénéficient de prestations (hors prestations familiales) de type AAH, ADPA ou RMI ,et que près de 10 % sont en situation de surendettement, ou encore que plus de 30 % n'ont pas de carte d'identité… Voir également G. Séraphin, *Etats des lieux et travaux, Les populations suivies en mesures « majeurs protégés » et « TPSA »*, UNAF, Mars 2003, p. 8, qui rappelle que le plus souvent les personnes concernées cumulent des problèmes d'ordres social et psychologique auxquels les services sociaux n'ont pas pu répondre, ce qui a conduit à proposer l'ouverture d'un régime de protection

parents ne facilite pas l'insertion sociale des membres de la famille[1134]. De même, l'état d'incapable du ou des parents, s'il ne constitue pas systématiquement en lui-même un risque de danger pour l'enfant, est un indice de cette potentialité. Les causes de placement du parent sous un régime de protection, c'est-à-dire l'altération de ses facultés mentales ou physiques, ou son immaturité liée à son jeune âge, peuvent engendrer une carence éducative ou un défaut de surveillance de l'enfant. Le critère d'intervention préventive de l'aide sociale à l'enfance peut donc être le risque de danger ou l'inadaptation sociale, mais ne saurait en aucun cas être l'incapacité elle-même. Le placement sous tutelle ou curatelle d'un ou des parents, de même que sa minorité, ne suffit pas à justifier l'action même préventive de l'ASE. Il est nécessaire de caractériser des conditions d'existence particulières, des difficultés sociales…, indépendamment de l'état d'incapacité dans lequel se trouve le ou les parents. Ainsi, la mission de prévention assurée par l'ASE peut bénéficier à l'enfant de l'incapable, mais de la même manière que pour tous les autres enfants. L'incapacité de ses père et mère ne modifie rien directement.

864. Si l'incapacité du ou des parents est sans effet sur la caractérisation du risque de danger ou de l'inadaptation sociale, elle peut être prise en compte pour la recherche du consentement des représentants légaux nécessaire à l'intervention préventive de l'ASE.

2. Le consentement parental

865. L'action préventive est plus collective que l'action judiciaire. Elle s'intéresse plus au groupe familial. Tous les membres de la famille peuvent être concernés. Cet aspect de la mesure pourrait expliquer la nécessité d'obtenir le consentement des père et mère, en ce qu'ils peuvent aussi être visés par l'intervention de l'ASE. A la différence de la protection judiciaire, la protection administrative nécessite en effet obligatoirement l'accord des père et mère[1135], lequel ne saurait être présumé[1136]. Ainsi, toute décision sur le principe ou les

[1134] Cette insertion sociale est d'autant plus difficile que le poucentage d'illettré ou d'analphabète parmi la population des incapables est supérieur à la normale. Voir en ce sens Actes du colloque *Handicaps, Incapacités, Dépendance*, Montpellier 30 nov-1er déc. 2000, p. 159-160.
[1135] En ce sens, J. Chazal, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », Mélanges Ancel, éd. Pédone, 1975, p. 341.
[1136] En ce sens, J.-Cl. Xuereb, « Protection sociale et protection judiciaire. Relations entre les DASS et les juges des enfants », *RD sanit. soc.* 1980, p. 137.

modalités d'admission à l'aide sociale à l'enfance exige l'accord écrit du ou des représentants légaux du mineur non émancipé[1137].

866. Mais en réalité, l'exigence du consentement des père et mère est liée à leur qualité de représentant légaux. Dès lors, seul le parent qui exerce l'autorité parentale doit acquiescer à l'intervention préventive de l'ASE. Par suite, le parent qui dispose d'une aptitude suffisante au sens de l'article 373 du Code civil pour exercer l'autorité parentale peut consentir. Or le ou les parents pouvant exercer l'autorité parentale malgré l'état d'incapable s'il est en état de manifester sa volonté, le consentement à l'intervention préventive de l'ASE peut ne pas relever du régime de l'incapacité sans toutefois porter atteinte à l'enfant.

867. Le consentement des parents peut cependant s'analyser comme la passation d'un contrat avec le service de l'ASE[1138], dont l'importance est révélée par l'exigence d'un accord écrit. Le régime de leur incapacité devrait, en principe, jouer. Seul le caractère éminemment personnel de l'acte, par lequel les parents acceptent une certaine atteinte à leurs prérogatives parentales, justifie de passer outre une éventuelle présomption d'absence de consentement. En revanche, il reste toujours possible de rapporter la preuve de l'impossibilité pour les représentants légaux d'exprimer un consentement conscient. En d'autres termes, si l'incapacité civile ne permet pas de présumer l'impossibilité pour les père et mère qui exercent l'autorité parentale de consentir à l'action préventive de l'ASE, la preuve de leur incapacité naturelle peut toujours être rapportée.

868. Le caractère conscient du consentement est d'autant plus important qu'en pratique, les parents n'ont le plus souvent pas les moyens de refuser l'aide proposée. Comme le remarque le Professeur Claire Neirinck, « l'administration est d'autant plus en position de force qu'elle est dispensatrice de secours financiers et qu'elle peut invoquer le recours au juge sanctionnateur »[1139]. Il importe de vérifier s'ils avaient au moins les facultés suffisantes pour prendre une telle décision. Toutefois, rien d'efficace n'est actuellement mis en place pour s'en assurer[1140].

[1137] Article L. 223-2 al. 1 du Code de l'action sociale et des familles.
[1138] *Contra*, E. Alfandari, *op. cit.* n° 355 p. 480.
[1139] C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984, T. 182, n° 439.
[1140] Voir déjà le rapport de J.-L. Bianco et P. Lamy de 1980, *L'aide à l'enfance demain*, Ministère de la santé et de la sécurité sociale, Etudes et documents, p. 45, qui formulait des propositions pour mieux prendre en compte la volonté du ou des parents, reprises dans la circulaire du ministère de la santé et de la sécurité sociale n° 81-5 du 23 janvier 1981, art. 111-2, *in Sauvegarde de l'enfance*, mars avril 1981, p. 121 et s. Il s'agit d'informer les

869. L'impossibilité pour les représentants légaux de consentir à l'intervention préventive de l'ASE n'autorise cependant pas l'action sans leur consentement. Aucune représentation n'est possible en matière d'autorité parentale, ce qui inclut l'acte par lequel est donné le consentement à l'intervention préventive de l'ASE. Le principe est toujours le même : seule l'autorité judiciaire peut limiter l'exercice des droits d'autorité parentale. Par suite, en cas de refus comme en cas d'impossibilité de consentir, l'intervention de l'ASE ne peut être que judiciaire. C'est pourquoi l'article L. 223-2 al. 2 du Code de l'action sociale et des familles énonce que si le représentant légal est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service de l'ASE, à charge pour lui d'en aviser immédiatement le procureur de la République. A l'issue d'un délai de cinq jours, si l'enfant n'a pas été remis à sa famille et si le consentement à l'admission au service n'a pas été donné, le procureur saisit le juge des enfants. La protection de l'enfant devient alors judiciaire.

870. Ainsi, la nécessité du consentement des représentants légaux reste le critère certain de distinction entre l'action préventive et l'action judiciaire de l'aide sociale à l'enfance, là où le flou attaché à la notion de danger rend difficile la délimitation d'une frontière. Une confusion doit cependant être évitée : l'existence du consentement ne signifie pas toujours que l'action de l'ASE soit préventive, dans la mesure où l'article 375-1 du Code civil envisage également en matière d'assistance éducative la possible adhésion de la famille, qui doit toujours être recherchée. Mais, en matière préventive, le consentement parental est indispensable, alors qu'il peut être passé outre un refus en matière judiciaire.

871. Lorsque les conditions de son action préventive sont remplies, l'aide sociale à l'enfance dispose de plusieurs moyens d'action, plus ou moins adaptés aux difficultés nées de l'incapacité du ou des parents.

---

familles des modalités pratiques de la saisine du juge des enfants et des possibilités de recours hiérarchiques. Voir également *10 ans après le rapport Bianco-Lamy ; L'aide sociale à l'enfance aujourd'hui*, Actes du colloque organisé à Villeurbanne les 4 et 5 décembre 1990, spéc. P. Verdier, « De l'assistance au contractuel : nouveaux droits des parents, nouveaux droits des enfants », p. 183 et s.

B) Les moyens d'actions de l'aide sociale à l'enfance

872. Si les représentants légaux donnent leur consentement, l'ASE a la possibilité de dispenser des aides à domicile, en nature ou en espèces, ou d'accueillir l'enfant. Elle distribue ainsi des prestations de service (1) et des prestations en espèces (2)

1. Les prestations de service

873. Sur sa demande ou avec son accord exprès, une aide à domicile peut être allouée au père, à la mère ou à la personne qui assume la charge effective de l'enfant, lorsque sa santé, sa sécurité, son entretien ou son éducation l'exigent.[1141] L'aide à domicile peut notamment consister en l'intervention d'une travailleuse familiale ou d'une aide ménagère, lesquelles peuvent accomplir un vrai travail éducatif, et/ou en l'intervention d'un service d'action éducative à domicile. Dans ce dernier cadre, des éducateurs ou des psychologues apportent un soutien aux familles qui rencontrent des problèmes éducatifs sérieux[1142].

874. Cette action en milieu familial répond efficacement aux difficultés nées de l'incapacité du ou des parents, ou plus exactement des causes de cette incapacité. L'aide ménagère peut en effet pallier les conséquences d'une maladie immobilisant le parent, permettant ainsi au foyer de fonctionner correctement[1143]. De même, l'aide éducative apportée à la famille lui donne les moyens de mieux assumer la mission de protection de l'enfant. En outre, le caractère préventif de cette assistance et son exercice en milieu familial avec l'accord des parents limitent considérablement l'atteinte portée à l'autorité parentale. Il s'agit vraiment ici d'aider la famille en son entier, et non pas d'opposer à l'intérêt de l'enfant celui de son ou ses parents, ni de protéger l'enfant en privant ses parents de certains de leurs droits. L'action préventive de l'ASE protège l'enfant lorsque le ou les parents incapables exercent l'autorité parentale, tout en respectant les prérogatives parentales.

875. Lorsque, temporairement, l'enfant ne peut pas être maintenu dans son milieu de vie habituel, il peut être pris en charge par les services de l'aide sociale à l'enfance ou placé

[1141] Article L. 222-2 al. 1 du Code de l'action sociale et des familles.
[1142] Article L. 222-3 du Code de l'action sociale et des familles.
[1143] M. Laroque, *Guide de la protection sociale*, Dunod 2001, p. 152.

dans des établissements privés ou publics ou chez des assistantes maternelles[1144]. Il s'agit de l'accueil provisoire, pour lequel le consentement écrit des parents est exigé[1145].

876. Cette action hors du milieu familial porte certainement plus atteinte aux prérogatives parentales que l'action en milieu familial. L'importance de cette atteinte est cependant limitée en ce qu'ici, à la différence du domaine judiciaire, le consentement des parents est requis. Ils autorisent donc eux-mêmes la limitation de leurs prérogatives. Ils peuvent aussi théoriquement décider d'y mettre fin à tout moment. Mais alors l'ASE peut saisir le juge pour que la protection devienne judiciaire. L'intérêt de l'action préventive de l'ASE hors du milieu familial ne doit dans tous les cas pas être diminué. Ce type de mesure permet de répondre efficacement à certaines difficultés en lien avec des causes possibles d'un placement sous un régime de protection. Le recueil temporaire de l'enfant peut ainsi être prononcé pendant l'hospitalisation d'un parent aliéné en mesure de consentir à ce type d'intervention, ou en attendant qu'une mère très jeune ait plus de maturité pour assumer la prise en charge quotidienne de son enfant. Il semble en revanche préférable pour un recueil prolongé de faire appel au juge. De plus, l'action hors du milieu familial avec le consentement parental permet de décider des domaines dans lesquels les parents conservent l'effectivité de leurs prérogatives. Ils continuent d'exercer l'autorité parentale, mais ne peuvent effectivement remplir leur mission que pour ce que les autorise à faire le service de l'ASE. Le caractère temporaire de l'action doit alors inciter l'ASE à faire participer le plus possible les parents à l'éducation et l'entretien de l'enfant, afin d'éviter une rupture trop prononcée du lien entre l'enfant et ses parents.

877. De manière distincte ou simultanée aux prestations de service, l'ASE peut dispenser des prestations en espèces pour aider les parents dans l'exercice de leurs prérogatives. Le bénéfice de ce type de mesures est très important pour les familles.

2. Les prestations en espèces

878. Aux termes de l'article L. 222-3 du Code de l'action sociale et des familles, l'intervention de l'ASE au domicile peut consister en un versement d'aides financières, sous forme soit de secours exceptionnels, soit d'allocations mensuelles, à titre définitif ou sous

[1144] Article L. 222-5-1° du Code de l'action sociale et des familles.
[1145] *Cf.* l'article L. 223-2 al. 1 du Code de l'action sociale et des familles et *supra*.

condition de remboursement. Le secours d'urgence est une aide exceptionnelle pour résoudre une difficulté conjoncturelle, tels un loyer ou une facture impayés, ou un achat d'électroménager indispensable. L'allocation mensuelle est une aide financière ou matérielle destinée à permettre le financement d'une prestation considérée comme nécessaire au bon développement de l'enfant, comme par exemple l'inscription dans une école, un départ en vacances… Elle peut être reconduite chaque mois, selon le projet mené avec la famille et l'enfant.

879. Les aides financières ont un but : « prévenir la dégradation d'une situation familiale sur le plan matériel et éducatif et préserver ainsi les possibilités de maintien du mineur dans son milieu naturel de vie »[1146]. Or, le parent mineur a très rarement des revenus et un patrimoine suffisant pour être autonome. De même, plusieurs études ont établi que le patrimoine des majeurs protégés est, de manière générale, très faible, que leurs ressources sont le plus souvent inférieures au SMIC[1147], et que près de 70 % d'entre eux ne vivent que de « transferts sociaux », c'est-à-dire de prestations sociales[1148].Ainsi, sans être spécifiques à l'état d'incapacité du ou des parents, ces aides sont le plus souvent une réponse efficace à la situation financière difficile dans laquelle se trouve la majorité des familles dont l'un des parents est incapable.

880. Ces contributions sont versées de droit au tuteur aux prestations sociales quant une telle tutelle a été ouverte par le juge des enfants. Elles épousent alors le régime de toutes les prestations familiales.

§ 2. La mise sous tutelle des prestations sociales

881. L'article L. 112-2 du Code de l'action sociale et des familles accorde aux familles des prestations pour les aider à élever leurs enfants. Ces prestations familiales sont énumérées à l'article L. 511-1 du Code de la sécurité sociale. Il s'agit de l'allocation pour jeune enfant, des allocations familiales, du complément familial, de l'allocation de logement, de

[1146] M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 5e éd., 2004, n° 284.
[1147] Voir Observatoire national des populations « Majeurs protégés », Rapport 2002 de l'union nationale des associations familiales, p. 60 et s. Voir également M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd., 1999, p. 372.
[1148] Voir Observatoire national des populations « Majeurs protégés », Rapport 2004 de l'union nationale des associations familiales, p. 86, En ce sens également Th. Fossier, « Le bon père de famille et le majeur protégé », *JCP* N 1999, p. 834.

l'allocation d'éducation spéciale, de l'allocation de soutien familial, de l'allocation de rentrée scolaire, de l'allocation de parent isolé, de l'allocation parentale d'éducation, de l'allocation d'adoption et de l'allocation de présence parentale.

882. L'octroi de ces prestations et leur mise sous tutelle sont soumis à conditions (A). Une difficulté particulière de cumul entre la tutelle aux prestations sociales et le régime de protection du parent incapable peut alors se présenter (B).

A) L'octroi des prestations sociales et leur mise sous tutelle

883. Le versement de toutes les prestations familiales est soumis à une condition commune. Aux termes de l'article L. 513-1 du Code de la sécurité sociale, elles sont « dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant » (1). De même, leur placement sous tutelle répond à un objectif commun. Il s'agit de contribuer à ce que les prestations et allocations versées soient utilisées au bénéfice des personnes pour lesquelles elles ont été instituées[1149] (2).

1. La condition d'enfant à charge

884. La prise en charge de l'enfant s'analyse comme une charge de famille compensée par des prestations familiales[1150]. En la matière, le droit social diffère du droit civil, pour lequel la charge de l'enfant se définit comme l'ensemble des droits et devoirs dévolus aux représentants légaux[1151]. En effet, en droit social, la notion de charge[1152] « est traditionnellement une notion de fait, complétée par des conditions d'âge et d'obligation scolaire, éventuellement des conditions de ressources »[1153].

[1149] Voir en ce sens notamment Th. Fossier, « La place de la tutelle aux prestations sociales dans la protection de l'enfant et de l'adulte », *Sauvegarde de l'enfance* 1996, p. 284, spéc. p. 288.
[1150] En ce sens, Y. Favier, « L'enfant et les institutions sociales », *RJPF* 2000-12/11, p. 7.
[1151] Voir cependant J. Hauser, « Prestations familiales et modèles familiaux », *RD sanit. soc.* 1994, spéc. p. 632 et s, qui observe que « cette opposition s'est largement atténuée parce que le droit civil a été rejoint par ce souci fort louable du concret plus que du normatif ».
[1152] Sur cette notion, voir notamment F. Monéger, « La relation de charge dans les prestations familiales », *RD sanit. soc.* 1994, p. 613 ; S. Bétant-Robet, « La notion d'enfant à charge dans le droit des prestations familiales », *RD sanit. soc.* 1991, p. 123 ; M. Rebourg, « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *RD sanit. soc.* 1998, p. 402 ; J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, 15e éd. par M. Borgetto, R. Lafore et R. Ruellan, Dalloz, Coll. Précis, 2005, n° 981 et s.
[1153] S. Bétant-Robet, art. préc.

885. L'article L. 513-1 du Code de la sécurité sociale énonce que « les prestations familiales sont, sous réserve des règles particulières à chaque prestation, dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant » et ne fait pas référence à l'existence d'un lien de droit. Dans le même sens, l'article L. 512-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que « toute personne française ou étrangère résidant en France, ayant à sa charge un ou plusieurs enfants résidant en France, bénéficie pour ces enfants des prestations familiales ». Cette charge effective et permanente de l'enfant qui conditionne le versement des prestations familiales ne suppose aucun lien juridique de filiation. Le droit de la sécurité sociale n'exige pas que pèse sur l'allocataire des prestations familiales une obligation alimentaire ou qu'il soit titulaire d'un titre juridique lui conférant la garde de l'enfant[1154]. Certes, plusieurs circulaires ont tenté un rapprochement avec le droit civil, en introduisant l'idée selon laquelle la charge de l'enfant ne se limite pas à une charge financière mais nécessite également d'assumer la responsabilité éducative et affective de l'enfant[1155]. Mais la jurisprudence continue à considérer que l'enfant est à la charge de ses parents lorsque ceux-ci assument leur obligation légale d'entretien, et à la charge d'un tiers lorsque celui-ci participe personnellement aux frais d'entretien en l'accueillant à son foyer[1156].

886. La charge de l'enfant peut incomber au parent même incapable. L'incapacité civile n'empêche en effet pas en soi le père ou la mère qui en est affecté d'assumer son obligation d'entretien. Cette charge est d'ailleurs présumée lorsque l'enfant vit au foyer de ce parent[1157]. Si l'enfant vit avec ses deux parents, un seul d'entre eux peut cependant être allocataire, dans la mesure où il ne peut y avoir qu'un seul allocataire pour un même enfant[1158].

887. En cas d'incapacité de l'un des parents, la détermination de l'allocataire a une plus grande portée. En principe, aux termes de l'article R. 513-1 al. 2 du Code de la sécurité sociale, « lorsque les deux membres d'un couple assument à leur foyer la charge effective et permanente de l'enfant, l'allocataire est celui d'entre eux qu'ils désignent d'un commun accord (…). Si ce droit d'option n'est pas exercé, l'allocataire est l'épouse ou la concubine ».

[1154] Cass. soc., 25 novembre 1993 : *Bull. civ.* V, n° 293 ; *D.* 1995, jurisp. p. 39, note C. Pagnon ; X. Prétot, « Quelle famille est prise en compte par notre système de protection sociale ? », *RD sanit. soc.* 1991, p. 482, spéc. p. 485.
[1155] Voir sur ce point C. Pagnon, note sous Cass. soc., 25 novembre 1993, préc.
[1156] Cass. soc., 27 novembre 1974 : *Bull. civ.* V, n° 572 ; et sur renvoi CA Besançon, 4 juin 1975 : *D.* 1975, somm. p. 95 ; Voir également Cass. soc., 11 juillet 1991 : *Bull. civ.* I, n° 368.
[1157] En ce sens, S. Bétant-Robet, art. préc., p. 124.
[1158] Article R. 513-1 al. 1 du Code de la sécurité sociale.

888. Deux difficultés se posent alors. D'une part, il est nécessaire de ne pas faire relever le consentement du parent incapable à la désignation de l'allocataire du régime de son incapacité. Il s'agit là d'un acte éminemment personnel lié à la parenté pour lequel aucune représentation ni même assistance ne doit être envisagée. Cette difficulté est atténuée, dans la mesure où par hypothèse ici, le parent incapable qui assume la charge de son enfant dispose d'une aptitude suffisante pour exercer ses prérogatives et donc exprimer sa volonté à une telle décision.

889. D'autre part, si le parent incapable a été désigné comme allocataire, une difficulté plus importante peut se présenter. Il faut en effet prendre en compte son régime de protection pour la gestion des prestations et envisager leur placement sous tutelle pour s'assurer du respect de l'intérêt de l'enfant[1159].

890. Lorsqu'un seul parent est incapable, il est préférable de reconnaître la qualité d'allocataire au parent capable afin d'éviter les difficultés nées de l'incapacité de l'allocataire et toute interférence avec le régime de protection,. Aux termes de l'article R. 513-2 al. 2 du Code de la sécurité sociale, les caisses ont la possibilité de prendre une telle décision, « lorsque le versement des prestations familiales entre les mains [de l'autre parent] risque de priver l'enfant du bénéfice de ces prestations ». Dès lors, si l'incapacité ne constitue théoriquement pas un obstacle pour être allocataire, l'intérêt de l'enfant conduit à confier ce rôle au parent qui ne connaît aucune altération de ses facultés et qui est présumé disposer d'une maturité suffisante.

891. En ce sens d'ailleurs, l'incapacité de l'un des parents est parfois envisagée expressément pour confier à l'autre parent ou à un tiers une prestation familiale. Il s'agit alors de l'hypothèse dans laquelle l'incapable n'assume pas la charge de l'enfant. L'allocation de soutien familial répond à ce cas. Prévue aux articles L. 523-1 à L. 523-3 du Code de la sécurité sociale, elle peut notamment bénéficier à l'enfant dont l'un des deux parents est dans l'incapacité de faire face à son obligation d'entretien. Or la circulaire CNAF n° 85/18 bis du 15 juillet 1985[1160] précise à ce propos que « doit être considéré comme se trouvant hors d'état de faire face à son obligation d'entretien ou au versement de la pension alimentaire, le parent débiteur qui se trouve en état d'insolvabilité lorsqu'il est mineur ou débile ». La minorité et la

[1159] *Cf. infra* § 901 s.
[1160] Prise pour apporter quelques précisions par rapport à la loi n° 84-1171 du 22 décembre 1984 qui a modifié l'article L. 543-5 du Code de la sécurité sociale.

débilité, souvent cause d'incapacité chez les majeurs, sont donc pour la CNAF incompatibles avec la charge d'enfant puisqu'elles révèlent leur incapacité d'assumer leur obligation d'entretien et conduisent au paiement de l'allocation de soutien familial.

892. Toutefois, le versement des prestations familiales à un parent mineur est bien envisagé par le législateur, puisqu'il exclut expressément aux termes de l'article L. 512-1 du Code de la sécurité sociale le cumul des qualités d'enfant à charge et d'allocataire. Ceci vise notamment l'hypothèse d'un parent mineur hébergé par ses propres parents, qui ne peut à la fois bénéficier de l'allocation de parent isolé et faire bénéficier ses propres parents, chez qui il vit, de prestations familiales. Or, s'il est nécessaire d'interdire le cumul, c'est bien que le parent mineur peut revêtir la qualité d'allocataire. Ainsi, la minorité, comme la débilité, ne suffisent pas à exclure la charge d'enfant, mais peuvent être un indice de l'impossibilité à l'assumer.

893. Si l'incapacité du ou des parents peut conduire à reconnaître à un tiers la charge de l'enfant, les comportements « constituant une menace pour l'enfant peuvent justifier d'un transfert de charge »[1161]. Tel peut être le cas lorsque le parent incapable, tout en exerçant l'autorité parentale, met en danger l'enfant par ses défaillances, ce qui a conduit à l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative. Notamment, en cas de placement à l'ASE sur le fondement de l'article 375 du Code civil, c'est en principe le service qui reçoit les allocations. Mais le juge peut aussi décider de verser les sommes à la famille afin de favoriser un futur retour au foyer. Une circulaire de la CNAF[1162] définit les conditions du maintien des prestations aux familles des enfants placés dans le cadre d'une mesure judiciaire ou même administrative : « la prise en charge doit se traduire par des retours au foyer et/ou des contacts au moins hebdomadaires occasionnant le cas échéant des frais ». Plus généralement, le tiers qui revendique la charge de l'enfant doit l'accueillir à son foyer, lui donner des soins et des marques d'affection et contribuer pécuniairement[1163], de manière régulière et permanente[1164], à son éducation.

894. En dehors de cette hypothèse de transfert de charge, il est tout à fait possible pour un parent incapable de percevoir des prestations familiales pour la charge de son enfant sur

[1161] Circulaire CNAF n° 77-92 du 30 novembre 1992.
[1162] Circulaire CNAF, n° 30-94 du 18 août 1994.
[1163] Cass. soc., 4 juillet 1991 : *D.* 1991, somm. p. 344, obs. X. Prétot.
[1164] Cass. soc., 11 juillet 1991 : *Bull. civ.* I, n° 368 ; *JCP* G 1991, IV, p. 355.

lequel il exerce effectivement ses prérogatives parentales. C'est dans ce cadre que l'intérêt de l'enfant peut conduire à placer les prestations sous tutelle.

2. Le placement sous tutelle des prestations

895. L'incapacité du parent allocataire conduit à s'intéresser à la tutelle aux prestations sociales et plus précisément à la tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants. Les causes de l'incapacité peuvent en effet correspondre aux causes de placement sous tutelle des prestations familiales. La tutelle concerne cependant ici les prestations et non les allocataires ou les bénéficiaires. L'enfant est le bénéficiaire de ces prestations[1165] et les parents n'en sont que les administrateurs[1166]. La mise sous tutelle des prestations s'analyse comme un changement judiciaire des personnes chargées de percevoir ces prestations au nom de l'enfant. Certes, le terme de tutelle est ambiguë et source de confusion dans l'esprit des allocataires eux-mêmes[1167], mais la solution est certaine. Ce placement sous tutelle des prestations poursuit une finalité éducative absente des régimes de protection des majeurs incapables.

896. Aux termes de l'article L. 552-6 du Code de la sécurité sociale, « dans le cas où les enfants donnant droit aux prestations familiales sont élevés dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses ou lorsque le montant des prestations n'est pas employé dans l'intérêt des enfants, le juge des enfants peut ordonner que les prestations soient, en tout ou partie, versées à une personne physique ou morale qualifiée, dite tuteur aux prestations sociales ». Déjà 30 000 de ces mesures ont été ouvertes, concernant environ 100 000 enfants et leurs parents[1168]. Parmi elles, certaines concernent des parents incapables. Il est vrai que « la tutelle aux prestations sociales (…) prolonge en droit social les dispositions de l'assistance éducative (…). Le juge des enfants interviendra seulement en pratique si un état de danger émerge du détournement [de l'affectation des prestations sociales], avec le souci de pallier ses conséquences dommageables pour le

---

[1165] Voir par exemple en ce sens Cass. ch. réunies, 11 février 1948 : *D.* 1948, jurisp. p. 255 ; *JCP* 1948, II, 4234, note J. Gauguier ; *Droit social* 1948, p. 148, note P. Durand, qui parle des allocations familiales perçues au titre de la loi du 11 mars 1932 et qui sont accordées, non à titre de rémunération de travail accompli, mais à toute personne, salariée ou non, assumant la garde des enfants qui en sont les véritables bénéficiaires.

[1166] *Cf.* J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, n° 989 ; J. Hochard, « Le droit personnel des enfants aux prestations familiales », *Droit social* 1961, p. 113, spéc. p. 120.

[1167] Voir en ce sens M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd., 1999, p. 61 et note 1.

[1168] M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 61. Voir également A. Dubreuil, *Les fonctions de juge des enfants ; la tutelle aux prestations sociales*, Association d'études et de recherches 1981 ; G. Fedou, R. Allee et M. Colard, *La tutelle aux prestations sociales*, Les publications du CTNERHI 1980.

mineur »[1169]. Si l'état d'incapable ne suffit pas en soi à caractériser une situation de danger pour l'enfant, ni à présumer d'une mauvaise utilisation des prestations, les causes du placement sous un régime de protection peuvent conduire à placer ces prestations sous tutelle.

897. De nombreuses difficultés rencontrées par les familles faisant l'objet d'une tutelle aux prestations sociales sont en effet des causes de placement sous un régime de protection des incapables : alcoolisme, handicap mental, prodigalité[1170]. Certains auteurs résument même cette convergence en énonçant que « les clientèles de la tutelle aux prestations sociales se confondent avec celles des articles 375[1171] et 490 du Code civil »[1172]. La mesure permet ainsi d'assister le parent fragilisé dans l'exercice de ses prérogatives parentales, et ce dans l'intérêt de l'enfant. D'ailleurs, les conditions d'ouverture d'une tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants illustrent le rôle d'assistance que revêt la mesure pour le parent dans l'exercice de ses prérogatives parentales. En effet, aux termes de l'article R. 167-2-1^{e} du Code de la sécurité sociale, les père et mère sont également habilités à solliciter la mesure auprès du juge des enfants. L'initiative prise ici par les parents favorise leur adhésion à la mesure, qui n'est pas une sanction[1173], et renforce son efficacité[1174].

898. Il est donc possible de confier à un parent incapable l'exercice de l'autorité parentale et de l'administration légale tout en décidant de s'assurer du bon usage des prestations versées dans l'intérêt de l'enfant en désignant un tuteur aux prestations sociales. Le tuteur aux prestations sociales a pour mission d'affecter les prestations aux besoins de l'enfant et d'aider la famille au moyen d'une action éducative. Il ne s'agit pas de limiter les prérogatives parentales[1175], mais seulement de gérer les prestations sociales et d'apprendre ou

---

[1169] Ph. Robert, « La tutelle aux prestations sociales en droit des mineurs après la loi du 18 octobre 1966 », *D.* 1967, p. 247 et 248.
[1170] Voir sur ce point M. Bauer, *La TPS, une action éducative et budgétaire*, ESF éditeur, 1988, spéc. p. 81.
[1171] Pour une comparaison des mesures d'assistance éducative en milieu ouvert et de tutelle aux prestations sociales, voir Th. Fossier, « La place de la tutelle aux prestations sociales dans la protection de l'enfant et de l'adulte », *Sauvegarde de l'enfance* 1996, n° 4-5, p. 284.
[1172] Th. Fossier et M. Bauer, « L'utilisation des prestations sociales, contrôle ou assistance ? », *RD sanit. soc.* 1994, p. 667.
[1173] Contrairement à certains propos tenus lors des travaux préparatoires de la loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 à l'origine de la tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants : « la mesure vise à soustraire au père de famille incapable la gestion des prestations détournées de leur affectation pour le confier à un tuteur ». Les termes employés marquent sans conteste l'idée de retrait de prérogatives. Voir en ce sens S. Vaysse, « Le travail de médiation des délégués à la tutelle aux prestations sociales enfants », *Petites affiches* n° 170 du 26 août 2002, p. 43.
[1174] En ce sens, M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 66.
[1175] Contrairement à ce que pensait autrefois une partie de la doctrine, qui voyait dans la tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants une forme de « déchéance partielle de la puissance paternelle ». *Cf.* F. Tarabeux, « La tutelle aux prestations sociales », *JCP* G 1969, I, 2273, n° 15.

réapprendre aux parents à équilibrer leur budget. La mesure d'assistance est de plus limitée dans le temps[1176]. Le tuteur aux prestations sociales doit avoir pour objectif le retour à l'autonomie de l'allocataire. Au delà de son rôle d'assistance dans la gestion des prestations, son action a pour finalité de permettre aux parents de percevoir et de gérer à nouveau eux-mêmes les allocations[1177].

899. Toutefois, le problème essentiel est ailleurs. Le plus souvent[1178], le parent incapable ne gère pas lui-même les prestations sociales destinées à son enfant. Ce rôle incombe aux différents organes de protection du parent incapable. Le problème du cumul entre la tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants et le régime de protection du parent incapable se pose alors. Il faut notamment déterminer si la désignation d'un tuteur aux prestations sociales destinées aux enfants reste possible lorsqu'un régime de protection est déjà ouvert et quel en est l'intérêt.

B) Le cumul de la tutelle aux prestations sociales avec le régime de protection du parent incapable

900. L'allocataire concerné par la mise sous tutelle des prestations destinées à l'enfant dont il a la charge peut être placé sous un régime de protection. Le cumul de ces deux mesures soulève plusieurs difficultés. Il convient de distinguer la situation du parent incapable majeur (1) de celle du parent incapable mineur (2).

1. Le parent incapable majeur

901. Aux termes de l'article L. 167-2 du Code de la sécurité sociale, lorsqu'une tutelle des articles 492 et suivants du Code civil est ouverte alors qu'une mesure de tutelle aux prestations sociales existe déjà, le juge des tutelles doit décider s'il y a lieu de la supprimer ou

[1176] Article R. 167-5 et R. 167-8 du Code de la sécurité sociale. Toute décision ouvrant une mesure de tutelle aux prestations sociale doit fixer sa durée : Cass. 1re civ., 28 mai 1991 : *Bull. civ.* I, n° 168.

[1177] Sur le rôle des tuteurs aux prestations sociales, voir S. Vaysse, « Le travail de médiation des délégués à la tutelle aux prestations sociales enfants », *Petites affiches* n° 170 du 26 août 2002, p. 43, qui fait état de règles communes définies par les unions départementales des associations familiales (UDAF) et réunies dans une charte, dont l'article 9 précise que le délégué se doit « d'agir dans un esprit de partenariat et de complémentarité avec toutes les personnes, administrations et services concernés par l'exercice des mesures ».

[1178] Seules la curatelle simple et la restitution expresse de sa capacité sur le fondement de l'article 501 du Code civil lui permettent de percevoir et de gérer lui-même ses revenus et donc les prestations sociales dont il est allocataire.

de la maintenir. Dans ce dernier cas, le tuteur chargé de défendre les intérêts civils de l'incapable peut également être chargé d'assurer la tutelle aux prestations sociales[1179]. Deux remarques s'imposent.

902. En premier lieu, le législateur n'envisage ici que la tutelle aux prestations sociales destinées aux adultes. En effet, les articles L. 167-1 et suivants du Code de la sécurité sociale sont relatifs au placement sous tutelle des prestations destinées aux adultes. Le juge compétent est d'ailleurs le juge des tutelles. Rien d'équivalent n'existe à l'article L. 552-6 du Code de la sécurité sociale qui traite de la tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants.

903. Le cumul de la tutelle aux prestations sociales destinées aux adultes avec une mesure de tutelle ou même de curatelle aux intérêts civils se justifie aisément. La jurisprudence l'a déjà admis à plusieurs reprises[1180] et ce, même lorsque la mesure de protection civile est une curatelle renforcée de l'article 512 du Code civil, dont la finalité est la gestion des revenus de l'incapable[1181]. Pourtant, *a priori*, lorsqu'une telle mesure de protection des intérêts civils existe, la désignation d'un tuteur aux prestations sociales paraît inutile, puisque la tutelle et la curatelle renforcée ont vocation à gérer tous les biens de l'individu, y compris les prestations dont il bénéficie.

904. Le choix du cumul s'explique par la finalité éducative de la tutelle aux prestations sociales[1182], absente des régimes de protection des intérêts civils. Alors que le tuteur aux prestations sociales est chargé d'une action éducative en vue de la réadaptation des intéressés[1183], le tuteur ou le curateur aux intérêts civils, s'il a une mission de protection de la personne, ne doit en aucun cas exercer une tutelle à la personne. Dès lors, si ces deux mesures

[1179] Un souci de financement justifie en pratique le recours aux doubles mesures. Les charges de tuteurs et de curateurs sont le plus souvent gratuites, et la tutelle aux prestations sociales permet de donner un financement stable. De même, lorsqu'il existe une rémunération (tutelle d'Etat ou en gérance), elle est strictement plafonnée. Ce problème du financement est au cœur de la réforme à venir sur la protection des majeurs.
[1180] CA Caen, ch. spéc., 2 juillet 1987 : *JCP* G 1988, II, 21122, note Th. Fossier ; Cass. 1re civ., 18 avril 1989 : *Bull. civ.* I, n° 156 ; *JCP* G 1990, II, 21467, note Th. Fossier ; *D.* 1989, juripr. p. 493 et *Defrénois* 1989, art. 34574, n° 90, p. 1007 note J. Massip ; Cass. 1re civ., 27 janvier 1993 : *Bull. civ.* I, n° 38 ; *Defrénois* 1993, art. 35611, n° 91, obs. J. Massip ; *JCP* G 1994, II, 22319, note Th. Fossier ; Cass. 1re civ., 24 novembre 1998 : Juris-Data n° 004510.
[1181] Cass. 1re civ., 14 juin 2000 : *Dr. famille* nov. 2000, comm. n° 135, obs. Th. Fossier ; Cass. 1re civ., 3 juin 1998 : *Dr. famille* 1998, comm. n° 177, obs. Th. Fossier ; Defrénois 1999, p. 313, obs. J. Massip ; Cass. 1re civ., 18 avril 1989, préc.
[1182] Article R. 167-28 du Code de la sécurité sociale.
[1183] *Cf. supra*.

peuvent se confondre quant à la gestion du patrimoine[1184], elles sont complémentaires pour le reste. Leur cumul n'est donc possible et utile que si une action éducative en vue de la réadaptation du majeur est nécessaire et réalisable[1185].

905. Il faut alors s'interroger sur la possibilité de cumuler une mesure de tutelle ou de curatelle avec une mesure de tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants. Un raisonnement par analogie conduit sans difficulté à donner une réponse affirmative. La finalité éducative existe dans toutes les tutelles aux prestations sociales, qu'elles soient destinées à l'intéressé incapable ou à ses enfants à charge.

906. La mise en place de la tutelle aux prestations sociales donne naissance à une situation très particulière. En effet, rien n'interdit au juge de désigner le tuteur ou le curateur du parent incapable comme tuteur aux prestations sociales[1186]. L'article L. 162-7 du Code de la sécurité sociale lui offre ce choix dans le cadre du placement sous tutelle des prestations destinées aux adultes. Dans cette hypothèse, le tuteur ou le curateur est donc amené à exercer une action éducative auprès de l'incapable et de sa famille. Il prend ainsi indirectement part à l'exercice par le parent incapable de ses prérogatives, en contradiction avec le principe de l'absence de conséquence de l'incapacité civile sur les droits et devoirs attachés à la fonction parentale.

907. La contradiction n'est cependant qu'apparente. Les tuteurs et curateurs sont chargés de cette mission par l'octroi d'une nouvelle qualité. Si l'exercice de cette double mission est source d'ambiguïté, elle n'en est pas moins respectueuse du principe énoncé. De plus, en présence d'enfant, le tuteur et le curateur peuvent déjà être amenés à favoriser le retour de l'incapable à une certaine autonomie, afin de renforcer les liens parentaux. L'octroi de la qualité de tuteur aux prestations sociales destinées aux enfants permet alors de fonder en droit ce qui existe déjà en fait.

[1184] La jurisprudence a d'ailleurs déjà reconnu que le placement sous curatelle signifie que la première condition de l'article L. 162-7 du Code de la sécurité sociale, à savoir la non utilisation des prestations sociales dans l'intérêt du bénéficiaire, est nécessairement remplie : Cass. 1re civ., 25 mai 1992 : Juris-Data n° 001500.

[1185] Cass. 1re civ., 14 juin 2000 : *Dr. famille* nov. 2000, comm. n° 135, obs. Th. Fossier ; Cass. 1re civ., 14 mai 1996 : Juris-Data n° 001878. Dans le même sens, CA Nancy, ch. spéc. des mineurs, 21 août 2003 : Juris-Data n°247699 ; CA Versailles, 27 septembre 2001 : Juris-Data n° 187984.

[1186] Aux termes de l'article R. 167-12 du Code de la sécurité sociale, il est d'ailleurs dispensé de l'agrément de la Commission départementale des tutelles aux prestations sociales au sens de l'article R. 167-10 du Code de la sécurité sociale.

908. En second lieu, le législateur n'envisage que le cas d'une tutelle aux prestations sociales préexistante à la tutelle aux intérêts civils. Rien ne conduit cependant à opérer une distinction. C'est pourquoi la jurisprudence[1187] et la doctrine[1188] considèrent que le principe du cumul posé à l'article L. 162-7 du Code de la sécurité sociale s'applique également lorsque la mesure de protection des intérêts civils préexiste à la mesure de tutelle aux prestations sociales destinées aux adultes. La transposition de cette possibilité à la tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants doit être retenue. Elle se vérifie d'autant plus que certaines difficultés, existantes lorsque la tutelle porte sur des prestations destinées aux adultes, se rencontrent en des termes identiques lorsque sont concernées des prestations destinées aux enfants.

909. En effet, selon l'article L. 162-7 du Code de la sécurité sociale, le placement sous tutelle des prestations destinées aux adultes doit avoir pour cause une utilisation contraire à l'intérêt du bénéficiaire ou le fait que celui-ci, en raison de son état mental ou d'une déficience physique, vit dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses. Or, si une mesure de protection des intérêts civils est préexistante, elle a justement pour but de protéger la personne et le patrimoine de l'incapable, et de ne pas le laisser dans une telle situation.

910. Dès lors, si une mesure de tutelle aux prestations sociales destinées aux adultes est nécessaire alors qu'une mesure de tutelle ou de curatelle renforcée a déjà été mise en place, c'est que le tuteur ou le curateur n'a pas rempli sa mission et doit être changé. Dans ces conditions, le cumul des deux mesures ne serait possible qu'en cas de curatelle simple, dans le cadre de laquelle l'incapable gère seul ses revenus. La doctrine tend à régler cette contradiction en proposant que le tuteur ou le curateur civil soit présumé gérer convenablement les prestations sociales qu'il perçoit dans l'intérêt du majeur protégé. Toutefois, cette présomption peut être renversée et conduire au changement de tuteur ou de curateur[1189].

911. Cette difficulté se rencontre également lorsque la tutelle porte sur des prestations destinées aux enfants. Les tuteurs et curateurs perçoivent aussi ces prestations, qui participent

[1187] Cass. 1re civ., 18 avril 1989 : *Bull. civ.* I, n° 156 ; *JCP* G 1990, II, 21467, note Th. Fossier ; *D.* 1989, jurip. p. 493 et *Defrénois* 1989, art. 34574, n° 90, p. 1007 note J. Massip.
[1188] Voir notamment A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989, n° 1128-5.
[1189] J. Massip, note sous Cass. 1re civ., 18 avril 1989, préc.

des ressources de la famille[1190]. Or, selon l'article L. 552-6 du Code de la sécurité sociale, un tuteur aux prestations sociales peut être désigné si l'enfant est élevé dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses, ou lorsque le montant des prestations n'est pas employé dans son intérêt. Constater l'existence de ces conditions remet en cause l'efficacité du régime de protection des intérêts civils. La présomption simple de bonne gestion doit donc également être appliquée ici.

912. Ainsi, le parent incapable majeur qui exerce l'autorité parentale peut être assisté dans la perception et la gestion des prestations sociales destinées à son enfant par un tuteur spécialement désigné à cet effet. Le placement sous tutelle de ces prestations en application de l'article L. 552-6 du Code de la sécurité sociale est compatible avec l'existence d'un régime civil de protection des majeurs incapables. La solution est plus incertaine pour les mineurs, le législateur n'ayant pas envisagé cette situation et la jurisprudence n'ayant jamais eu à se prononcer sur la question.

2. Le parent incapable mineur

913. L'absence de disposition législative sur le cumul de l'administration légale dont relève un mineur avec la mise sous tutelle des prestations sociales destinées à son enfant illustre la difficulté pour un mineur à revêtir la qualité d'allocataire. La circulaire CNAF n° 85/18 bis du 15 juillet 1985[1191] présume en en effet l'impossibilité du parent mineur à faire face à son obligation d'entretien. Supposé ne pas assumer la charge de l'enfant, il ne sera pas allocataire à ce titre. Dès lors, il n'est pas utile d'envisager le cumul de la tutelle aux prestations sociales avec le régime de l'administration légale et la jouissance légale. D'autres problèmes se posent cependant.

914. Lorsque le parent mineur n'est pas l'allocataire des prestations sociales destinées à son enfant, ce sont le plus souvent ses propres parents, chez qui il vit, qui revêtent cette qualité, c'est-à-dire les grands-parents de l'enfant, dans la mesure où ils assument sa charge effective et permanente. Le placement sous tutelle des prestations vient alors sanctionner une mauvaise gestion des prestations de leur part.

[1190] *Cf. supra*.
[1191] Circulaire de la CNAF n° 85-18 bis du 15 juillet 1985, préc.

915. Dans cette hypothèse, la minorité du ou des parents ne modifie rien. Un tiers assume la charge de l'enfant mais n'utilise pas les prestations dans l'intérêt de l'enfant. Le fait que ce tiers soit un ascendant de l'enfant ne soulève pas de difficulté particulière. Seule particularité, l'intervention du délégué peut également concerner le parent mineur, en essayant de lui donner les moyens à terme d'assumer son rôle et de prendre en charge l'entretien de l'enfant et la gestion des prestations dans son intérêt.

916. Cependant, la minorité ne constitue qu'un indice de l'impossibilité à assumer la charge de l'enfant[1192]. Le parent mineur peut revêtir personnellement la qualité d'allocataire s'il assume la charge effective et permanente de son enfant. Dans cette hypothèse, les règles de l'administration légale et de la jouissance légale peuvent interférer avec le système de la tutelle aux prestations sociales. En effet, les administrateurs légaux ont en charge la gestion des revenus du mineur. S'ils ont la jouissance légale, ils perçoivent même les revenus du mineur, sous la seule condition d'en affecter la portion nécessaire à l'entretien du mineur. Mais les prestations sociales dont il est ici question sont affectées aux intérêts des enfants concernés[1193].

917. Par suite, si l'administrateur légal du parent incapable perçoit ces prestations, il doit les dépenser exclusivement dans l'intérêt de l'enfant, et ce même s'il bénéficie également de la jouissance légale. L'ouverture d'une tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants correspond à l'hypothèse où ces prestations sociales n'ont pas été affectées dans l'intérêt de l'enfant de l'incapable[1194]. Le ou les administrateurs légaux sont alors supposés n'avoir pas assumé leurs obligations correctement.

918. L'ouverture d'une tutelle aux prestations sociales destinées aux enfants pour un parent mineur allocataire vise à éviter que les grands-parents, administrateurs légaux du parent incapable, utilisent les prestations familiales à mauvais escient. Elle répond ainsi au

[1192] *Cf. supra* § 884.
[1193] *Cf.* article L. 552-6 du Code de la sécurité sociale. De même, aux termes de l'article L. 112-2 du Code de l'action sociale et des familles, les prestations familiales sont destinées à aider les familles à élever leurs enfants.
[1194] Comme le tuteur, l'administrateur légal doit administrer les biens en bon père de famille et répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion (Articles 450 et 389-7 combinés du Code civil)

souci de la protection de l'enfant. Le juge peut également, sur le fondement de l'article 391 du Code civil, décider d'ouvrir une mesure de tutelle civile[1195].

919. Avant d'ouvrir une tutelle civile, et lorsque le danger pour l'enfant est avéré, le juge peut décider d'assurer sa protection par une mesure d'assistance éducative qui laisse en principe aux parents l'exercice de leurs prérogatives parentales. Il apparaît alors que les motifs de recours aux mesures d'assistance éducative sont presque identiques à ceux de l'ouverture d'une tutelle aux prestations sociales, ce qui peut conduire à un cumul[1196]. Cependant cette fois, il ne s'agit plus seulement de remédier à une situation difficile, mais de mettre fin à un véritable danger.

Section 2 : L'assistance éducative

920. Face à l'état d'incapacité du ou des parents qui exercent l'autorité parentale, il peut être nécessaire de mettre en œuvre une mesure d'assistance éducative pour s'assurer d'une protection efficace de l'enfant. L'article 375 al. 1 du Code civil dispose que « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel ».

921. Les motifs de mise en place d'une assistance éducative correspondent parfaitement aux difficultés nées de l'incapacité du ou des parents (§ 1). Ses effets ont de plus l'avantage de laisser aux parents l'exercice de tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure[1197] : il s'agit de les assister dans l'exercice de leurs prérogatives sans les leur retirer (§ 2).

[1195] La seule mauvaise gestion des prestations familiales ne suffit cependant pas à caractériser la cause grave au sens de l'alinéa 2 de l'article 391. D'autres éléments sont donc nécessaires pour passer d'une administration légale pure et simple à une tutelle.
[1196] Cumul qui reste préférable à l'intégration de la tutelle aux prestations sociales enfants dans l'assistance éducative. Voir sur ce point notamment Th. Fossier, « La place de la tutelle aux prestations sociales dans la protection de l'enfant et de l'adulte », *Sauvegarde de l'enfance* 1996, p. 284.
[1197] Article 375-7 du Code civil.

§ 1. Les motifs de recours à l'assistance éducative en cas d'incapacité du ou des parents

922. Aux termes de l'article 375 du Code civil, le critère indispensable à la mise en place d'une assistance éducative réside dans la constatation d'une situation de danger de l'enfant. Il s'agit de protéger l'enfant contre une carence de ses parents (A). La protection de l'enfant est alors directe : il fait personnellement l'objet de la mesure d'assistance éducative. Une protection indirecte de l'enfant peut également passer par une mesure d'assistance éducative dont le parent incapable mineur non émancipé ferait lui-même l'objet. Ceci conduit à s'interroger sur la possibilité de considérer la paternité ou la maternité comme étant constitutive d'un danger (B).

A) L'existence d'une situation de danger pour l'enfant de l'incapable

923. Pour prononcer une mesure d'assistance éducative, le juge des enfants doit constater soit l'existence d'une situation de danger de l'enfant quant à sa santé, sa sécurité ou sa moralité, soit que ses conditions d'éducation sont gravement compromises.

924. Le danger constitue « le point central de la construction édifiée par l'ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 »[1198]. Il apparaît alors que l'état d'incapacité que connaissent le ou les parents qui exercent l'autorité parentale ne suffit pas en lui-même à caractériser ce danger. L'incapacité civile est sans conséquence directe (1). L'état de danger est caractérisé par d'autres éléments qui peuvent recouper les causes de l'incapacité du ou des parents (2).

1. L'indifférence à l'incapacité civile du ou des parents

925. Certains principes font l'unanimité. Au sens de l'article 375 du Code civil, le danger dans lequel doit se trouver l'enfant est un danger réel et certain[1199]. Le danger ne se présume pas[1200]. Il doit résulter des circonstances de la cause[1201].

[1198] P. Robert, « L'assistance éducative à travers la jurisprudence (second tableau de jurisprudence) », *JCP* G 1970, I, 2312, n° 5.
[1199] Cass. 1re civ., 28 juin 1965 : *Bull. civ*. I, n° 424 ; *RTD civ*. 1967, p. 136, obs. R. Nerson ; Cass. 1re civ., 29 nov. 1965 : *Bull. civ*. I, n° 653 ; *D*. 1966, p. 81 ; *RTD civ*. 1967, n° 1, p. 138, obs. R. Nerson.
[1200] Cass. 1re civ., 16 février 1977 : *Bull. civ*. I, n° 90 ; *JCP* G 1977, IV, p. 93.
[1201] Cass. 1re civ., 14 février 1990 : *Defrénois* 1990, n° 48 p. 693, obs. J. Massip.

926. La doctrine s'est cependant divisée sur la définition à donner du danger comme critère de l'assistance éducative. Pour un courant doctrinal[1202], la notion de danger doit être assimilée à celle de conflit. Celui-ci se situe entre le mineur et la société[1203], en cas de délinquance notamment ; entre le mineur et ses parents, par exemple en cas de maltraitance ; ou entre le mineur et un tiers qui lui porterait atteinte. Ainsi, lorsque le danger a pour origine un comportement défaillant des parents, le conflit existe entre les prérogatives parentales mal ou insuffisamment exercées et les intérêts supérieurs de l'enfant que sont sa santé, sa sécurité, sa moralité, son éducation. L'intervention judiciaire indispensable au prononcé d'une mesure d'assistance éducative laisse apparaître cette idée de conflit, que le juge doit trancher. Mais cette idée de conflit est insuffisante à fonder le danger au sens de l'article 375 du Code civil[1204]. Tel est par exemple le cas lorsque le conflit porte sur l'exercice d'un droit de visite. En outre, un conflit n'est pas facile à établir, surtout lorsque les parents ont consenti à la mesure, assentiment qui doit d'ailleurs toujours être recherché[1205]. C'est pourquoi certains auteurs ont proposé de faire appel à la notion d'urgence[1206]. Mais ce critère est également insuffisant, puisque le juge des enfants peut être compétent en dehors de toute urgence.

927. Un autre courant doctrinal associe plus justement le danger aux défaillances des père et mère carences parentales[1207]. Les juges des enfants font d'ailleurs souvent référence aux carences d'un titulaire de l'autorité parentale pour caractériser le danger[1208]. Cette solution paraît conforme à l'esprit du texte. Lorsque la faiblesse des parents expose le mineur à un danger, ils subissent une atteinte à leurs prérogatives pour faire cesser cette menace.

[1202] J. Chazal, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », Mélanges Ancel 1975, p. 329 et 339 ; et déjà auparavant du même auteur « L'ordonnance du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance en danger. Texte législatif de défense sociale », *Rev. sc. crim*. 1959, p. 729 ; A. Deiss, « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP* G 1983, I, 3125, sépc. n° 6 ; H. Falconnetti, « Une construction jurisprudentielle, le juge de l'assistance éducative », *D*. 1963, chron. p. 45 ; Ph. Robert, « L'assistance éducative à travers la jurisprudence ; Premières années d'application de l'ordonnance du 23 décembre 1958 », *JCP* G 1968, I, 2158.

[1203] *Cf*. CA Paris, 21 juin 1962 : *D*. 1963, 141 ; *RTD civ.* 1963, p. 714, obs. H. Desbois.

[1204] En ce sens, R. Legeais, *L'autorité parentale, Etude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Defrénois, 1973, n° 145 ; J.-F. Eschylle et M. Huyette, « Autorité parentale. Assistance éducative. Champ d'application, Conditions », *J.-Cl. civ.*, Art. 371 à 387, Fasc. 20, 2001, n° 44 et s. ; P. Raynaud, « La puissance paternelle et l'assistance éducative », Mélanges Savatier 1965 p. 811 ; C. Neirinck, thèse préc., n° 388.

[1205] Article 375-1 al. 2 du Code civil.

[1206] H. Falconnetti, art. préc., spéc. p. 46 ; A. Mayer-Jack, note sous Cass. 1re civ., 28 janvier 1969 : *JCP* G 1969, II, 16111 (2 arrêts), spéc. § VI ; G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence,* Litec, 4e éd., 2003, n° 753 ; J. Chazal, art. préc. p. 340, envisage également cette solution, à défaut de conflit.

[1207] En ce sens, M. Henry, *Les jeunes en danger*, Centre de formation et de recherche de l'éducation surveillée, Vaucresson 1972, p. 102 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 753.

[1208] Voir les nombreuses décisions des juges des enfants citées par A. Deiss, in « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP* G 1983, I, 3125, n° 13.

928. Dans tous les cas, l'existence du danger relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[1209].

929. La minorité ou la mise sous tutelle ou curatelle du ou des parents ne suffit pas à présumer d'une situation de danger pour l'enfant. Le danger que court l'enfant doit trouver sa source dans une défaillance du ou des parents. Constater l'incapacité civile du ou des parents ne suffit pas à établir cette défaillance. La Cour d'appel de Riom a jugé en ce sens dans un arrêt du 14 mars 2000[1210] que « bien que la mère, dont les facultés psychologiques sont limitées, soit placée sous une mesure de curatelle aggravée, et que le père ait eu un parcours chaotique, l'enfant n'est pas en danger, dès lors que ses parents lui apportent des soins satisfaisants qui lui permettent d'évoluer favorablement et que les parents eux-mêmes sont soutenus matériellement et psychologiquement par les grands-parents paternels, très présents, la mère étant, par ailleurs, suivie régulièrement par l'association tutélaire ».

930. Il est cependant possible que l'existence d'une incapacité du ou des parents soit préjudiciable à l'enfant. C'est ainsi, par exemple, que l'enfant peut avoir des difficultés à assumer socialement le statut de ses père et mère, notamment dans le cadre de sa scolarité. Certes ce type de problème ne doit en aucun cas être assimilé à une situation de danger pour sa santé, sa sécurité ou sa moralité. Mais si aucun automatisme n'existe, il est toujours possible, au regard de circonstances particulières, de retenir l'existence du danger. Autrement dit, lorsque le parent est mineur ou majeur sous tutelle ou curatelle, ce statut ne suffit pas à lui seul à caractériser l'existence du danger, mais s'il s'ensuit un déséquilibre psychologique pour l'enfant, le juge des enfants est compétent.

931. L'incapacité civile du ou des parents est ainsi dénuée en elle-même de conséquence en matière d'assistance éducative. Si elle n'est pas une cause directe de mise en place de la mesure, elle ne joue pas non plus de rôle au stade de sa procédure d'ouverture.

932. En effet, aux termes de l'article 375 al. 1 *in fine* du Code civil, le juge des enfants peut notamment être saisi à la demande des parents ou de l'un d'eux seulement. S'agisant d'une question relative à l'autorité parentale pour laquelle tout individu même civilement

[1209] Solution déjà posée avant la réforme de 1970 : Cass. 1re civ., 7 avril 1965 : *Bull. civ.* I, n° 257 ; Cass. 1re civ., 7 avril 1965 : *Bull. civ.*, n° 258 ; *D.* 1965, jurisp. p. 704, note J.C.
Solution confirmée depuis 1970 : Cass. 1re civ., 7 novembre 1973 : *Bull. civ.* I, n° 297 ; Cass. 1re civ., 27 avril 1976 : *Bull. civ.* I, n° 139 ; Cass. 1re civ., 20 mars 1979 : *D.* 1979, IR p. 431 ; Cass. 1re civ., 5 janvier 1978 : *JCP* G 1978, IV, p. 74.
[1210] CA Riom, 14 mars 2000 : Juris-Data n° 119838.

incapable est présumé disposer de la capacité, cette requête s'analyse comme un acte éminemment personnel insusceptible de représentation ou même d'assistance. Le parent incapable peut donc solliciter l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative, nonobstant le régime de protection. Le législateur autorise d'ailleurs l'enfant, mineur ici par définition, à engager lui-même l'action. Il suffit, précise la jurisprudence, qu'il ait un discernement suffisant[1211]. Si la capacité civile n'est pas exigée de l'enfant pour solliciter l'ouverture de la mesure d'assistance éducative, il doit en être de même pour le parent. Il suffit alors qu'il en ait le discernement suffisant. La protection du système tient alors au caractère fortement inquisitoire de la procédure. Le juge peut lui-même diligenter toutes recherches d'informations. Les risques liés à l'incapacité du ou des parents sont ainsi atténués[1212].

933. Le principe de l'absence d'effet de l'incapacité civile du ou des parents sur l'ouverture d'une assistance éducative joue également pour recueillir l'adhésion des parents à la mesure. Aux termes de l'article 375-1 du Code civil, le juge des enfants doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée. Or, *a priori*, l'incapacité civile présume l'impossibilité pour une personne d'exprimer un consentement conscient. La logique du système veut qu'il en soit différemment en matière d'assistance éducative. Le juge doit toujours rechercher le consentement du ou des parents incapables. Il suffit qu'ils aient un discernement suffisant, lequel s'apprécie indépendamment de leur statut d'incapable.

934. L'indifférence à l'incapacité civile pour caractériser la situation de danger pour l'enfant ne signifie cependant qu'une absence d'automaticité. Il reste toujours possible d'établir la preuve d'un danger pour l'enfant dans sa santé, sa sécurité ou sa moralité, ou de montrer que ses conditions d'éducation sont gravement compromises.

[1211] Cass. 1re civ., 21 novembre 1995 : *Bull. civ*. I, n° 418 ; *D*. 1996, jurisp. p. 420 note A. Gouttenoire ; *Petites affiches* n° 77 du 26 juin 1996, p. 24, note J. Massip.

[1212] Une solution différente est cependant donnée pour l'exercice des recours contre la décision du juge des enfants ouvrant une mesure d'assistance éducative. Sur le fondement des articles 464 al. 3 et 510 du Code civil, l'incapable sous curatelle doit ainsi être assisté de son curateur pour faire appel de la décision du juge des enfants (CA Paris, 24e ch., section B, 12 février 2002, Juris-Data 193954 ; CA Paris, 24e ch., section C, 6 juin 1996, Juris-Data n° 023140), et l'incapable sous tutelle peut être représenté dans cette action, y compris par le gérant de tutelle (CA Paris, 24e ch., section B, 22 février 1983, n° 025489). Le parent mineur peut donc être représenté par ses parents administrateurs légaux agissant conjointement (article 389-5 du Code civil).

2. La caractérisation de la situation de danger

935. Pour ouvrir une mesure d'assistance éducative, le juge des enfants doit constater une situation de danger pour l'enfant dans sa santé, sa sécurité ou sa moralité, ou que ses conditions d'éducation sont gravement compromises. Les causes de l'incapacité du ou des parents peuvent recouper chacune de ces hypothèses.

936. La santé se définit comme « un état de complet bien-être, physique, mental et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »[1213]. Ainsi, la santé du mineur est en danger si « l'enfant reçoit des mauvais traitements, manque des traitements nécessaires ou vit dans des conditions de nature à troubler son équilibre psychique »[1214]. Tel est le cas si les parents refusent de consentir à une opération médicale nécessaire à l'enfant, s'ils ne lui donnent pas les soins exigés par sa maladie. Dans cette hypothèse, « l'enfant est en danger au sens de l'article 375 du Code civil, non pas parce qu'il est malade, mais parce que ses parents refusent de le faire soigner »[1215]. Si l'assistance éducative s'applique à un tel refus lorsqu'il est volontaire, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit de même pour une absence involontaire de ce consentement, du fait d'un manque de discernement, d'une inaptitude à comprendre la portée de ses actes[1216].

937. A titre d'exemple, par son inaptitude physique, un tétraplégique peut ne pas être à même d'assurer les soins quotidiens qu'exige son enfant qui souffre également d'un handicap. Dans une telle hypothèse, et en l'absence de tiers ou d'un autre parent susceptible d'assurer la protection de la santé du mineur, l'assistance éducative vient sanctionner une telle défaillance dès lors qu'elle est constitutive d'un danger.

938. Un danger pour la santé de l'enfant peut être caractérisé indépendamment de l'incapacité civile. Mais il paraît probable que des parents sous tutelle, même s'ils exercent l'autorité parentale et disposent donc d'une certaine aptitude, pourront parfois faire preuve de défaillance dans la prise en charge de la santé de l'enfant. De même, l'immaturité liée au

---

[1213] Préambule à la Constitution de l'organisation mondiale de la santé, tel qu'adoptée par la conférence internationale sur la santé, New-York, 19-22 juin 1946, signée le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats et entrée en vigueur le 7 avril 1948. La définition n'a pas été modifiée depuis 1946.
[1214] G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3e éd., 1976, n° 248, p 309-310.
[1215] C. Neirinck, *La protection de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984, T. 182, p. 332, qui cite CA Nancy, 3 décembre 1982 : *JCP* G 1983, II, 20081, note G. Raymond, où le juge refuse la mesure d'assistance éducative.
[1216] L'impossibilité de manifester sa volonté n'a pas à être envisagée ici, dans la mesure où elle aura de plein droit entraîné la perte de l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de code civil.

jeune âge peut conduire des parents à ne pas prendre conscience de la gravité de la maladie de leur enfant et, par suite, à ne pas consentir aux mesures qui s'imposent.

939. La sécurité, aussi bien physique que morale, peut être mise en danger. L'enfant est en danger dans sa sécurité lorsqu'il « est exposé à des périls d'ordre physique ou est privé de la paix et de la stabilité nécessaires à son épanouissement »[1217]. Là encore, si l'incapacité civile des parents ne constitue pas en soi une défaillance susceptible de mettre en danger l'enfant dans sa sécurité, les causes de cette incapacité civile peuvent avoir cet effet. Ainsi, de manière générale, le manque de discernement de la part des parents traduit une véritable défaillance. Elle a pour effet de priver l'enfant d'un environnement sain et donc d'un bon équilibre psychologique. Mais une mesure d'assistance éducative n'est cependant pas systématiquement ouverte lorsque les parents manquent de discernement. Une appréciation d'ensemble est nécessaire : il faut caractériser un véritable danger pour l'enfant né d'une carence parentale et non pas seulement un désavantage tiré d'une faiblesse des père et mère.

940. La moralité ne connaît pas de définition universelle. Elle paraît être constituée « par un ensemble de valeurs qui garantissent la qualité de notre relation avec autrui, qui nous permettent de reconnaître en lui notre prochain, qui nous conduisent à maîtriser les pulsions de notre vie instinctive, voire à les sublimer, qui nous amènent aussi à œuvrer pour le bien public et à participer à la construction du monde »[1218]. La moralité est alors en danger lorsque « la vie instincto-affective de l'enfant est laissée en jachère par ceux qui ont mission de l'élever, lorsqu'il ne reçoit de son milieu ni des interdits de nature à le « sécuriser » et à faciliter son insertion dans la communauté, ni des incitations à dépasser son égocentrisme, lorsque, encore, son environnement lui procure les plus fâcheux exemples »[1219]. Les causes de l'incapacité civile du ou des parents ne suffisent pas en soi à compromettre la moralité de l'enfant. Il faut établir que les parents, par désintérêt ou absence d'affection, ne fixent aucune limite à l'enfant, qui a de ce fait à un comportement marginal. La difficulté à rapporter la preuve d'un tel danger sans porter atteinte à la liberté des parents de décider de leur mode de vie, explique la raréfaction des mesures d'assistance éducative ouvertes sur ce fondement[1220].

[1217] G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3e éd., 1976, n° 248, p. 310.
[1218] J. Chazal, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », Mélanges Ancel, éd. Pédone, 1975, p. 336.
[1219] J. Chazal, art. préc., p. 336.
[1220] En ce sens, J.-F. Eschylle et M. Huyette, « Autorité parentale. Assistance éducative. Champ d'application, Conditions », *J.-Cl. civ.*, Art. 371 à 387, Fasc. 20, 2001, n° 94.

941. La situation dans laquelle les conditions d'éducation de l'enfant sont gravement compromises renvoie à l'idée de carence éducative des parents. Celle-ci se définit comme une abstention totale ou partielle des parents dans l'encadrement du développement psychologique et social de l'enfant[1221]. Ainsi, le juge des enfants peut intervenir si les choix éducatifs des parents mettent en danger l'enfant dans sa santé, sa sécurité ou sa moralité. Or, si l'incapacité civile n'interfère pas sur ces choix dès lors que le parent incapable exerce l'autorité parentale, il est certain qu'un manque de discernement peut conduire à prendre de mauvaises décisions. La Cour d'appel de Paris a pu relever dans un arrêt du 19 septembre 1989 que « les conditions d'éducation apparaissent, en l'espèce, comme gravement compromises, en raison de la compréhension insuffisante qu'a sa mère du besoin pour sa fille d'une sécurité affective et d'une éducation raisonnée »[1222]. La Cour d'appel d'Angers a également décidé, par un arrêt du 12 décembre 1990[1223], d'ouvrir une mesure d'assistance éducative au regard de la santé de l'enfant et de l'inaptitude éducative des parents, respectivement sous tutelle et curatelle, d'autant plus qu'ils refusaient toute aide extérieure. Le comportement des père et mère peut ainsi être jugé mettre l'enfant en danger, non pas au regard des choix éducatifs adoptés, mais au vu des conditions de ces choix. Le contrôle du juge reste cependant un contrôle au cas par cas. L'incapacité du ou des parents n'est pas systématiquement constitutive de conditions d'éducation compromises.

942. Le juge peut également intervenir lorsque le comportement des parents fait obstacle à la formation intellectuelle ou professionnelle de l'enfant[1224]. Tel est par exemple le cas s'ils n'imposent pas, ou ne parviennent pas à imposer à leur enfant de fréquenter l'école[1225], et que cette défaillance compromet gravement la formation de l'enfant. Il est certain que les causes de l'incapacité du ou des parents rendent plus difficile l'exercice de l'autorité parentale et notamment la formation intellectuelle de l'enfant. Un parent lui-même fragilisé sur ce plan aura plus de difficultés à donner à son enfant les moyens de progresser. Mais là encore, aucun automatisme ne peut être relevé. S'il est plus difficile pour un parent

[1221] M. Henry, *Les jeunes en danger*, Centre de formation et de recherche de l'éducation surveillée, Vaucresson 1972, p. 163, parle de « l'abstention des personnes à qui incombe le soin de promouvoir le développement de l'enfant ».
[1222] CA Paris, 24e ch. B, 19 septembre 1989 : *D.* 1989, IR p. 255.
[1223] CA Angers, 1re Ch., section B, 12 décembre 1990 : Juris-Data 052302.
[1224] La loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance a en revanche abrogé l'article L. 552-3 du Code de la sécurité sociale qui prévoyait la suspension ou la suppression du versement aux parents des prestations familiales en cas de manquements à l'obligation scolaire, au motif de l'inefficacité du système.
[1225] Voir en ce sens Cass. 1re civ., 5 janvier 1978 : *Bull. civ.* I, n° 7.

mineur ou majeur sous tutelle ou curatelle d'imposer à son enfant une formation intellectuelle, ce parent incapable peut néanmoins tout à fait s'acquitter de sa mission.

943. La caractérisation d'une situation de danger soulève une difficulté particulière lorsque le ou les parents sont incapables : celui du rôle des protecteurs du parent incapable dans le signalement du danger pour l'enfant.

944. De manière générale, face au danger encouru par l'enfant, les parents[1226], tuteurs et curateurs du parent incapable, se reconnaissent un devoir de signalement au procureur de la République. Celui-ci peut alors saisir le juge des enfants, ou au moins lui transmettre l'information de manière officieuse. Le juge des enfants peut ensuite se saisir d'office[1227]. Une telle attitude n'est pas sans ambiguïté. Le rôle premier des protecteurs du parent incapable est de défendre ses intérêts. Or, lorsque l'incapable s'oppose au placement de l'enfant, il est difficile de soutenir que la mesure répond à son intérêt. De ce point de vue, le protecteur de l'incapable, à l'origine de l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative, paraît aller à l'encontre de sa mission. Mais si l'assistance éducative a pour objet de protéger l'enfant, elle répond aussi au souci d'apporter une aide aux parents défaillants. Sous cet angle, le signalement du danger par les protecteurs du parent incapable participe de leur mission.

945. Ainsi, si les défaillances parentales constitutives d'un danger pour l'enfant ne trouvent pas leur source dans l'incapacité civile des père et mère, les causes de cette incapacité peuvent être prises en compte pour caractériser ce danger. Mais même dans ce cas, aucun automatisme n'est possible. Les motifs de recours à l'assistance éducative doivent être appréciés au cas par cas. Il en est de même lorsque la protection de l'enfant de l'incapable passe, non pas par l'ouverture d'une mesure à son bénéfice direct, mais par le truchement de son parent mineur qui fait lui-même l'objet d'une mesure d'assistance éducative.

[1226] Ceux-ci sont d'ailleurs habilités par l'article 375 du Code civil à requérir directement l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative, lorsqu'ils estiment que le parent incapable est lui-même en danger.
[1227] Telle est du moins la pratique des associations tutélaires.

B) La protection indirecte de l'enfant : le parent incapable mineur placé sous assistance éducative

946. Lorsqu'un parent est mineur non émancipé[1228], il peut parfois être utile d'assurer sa protection, et indirectement celle de l'enfant, en ouvrant une mesure d'assistance éducative. Il faut cependant vérifier si une telle situation permet de caractériser le danger nécessaire à l'ouverture d'une telle mesure (1). Il faut ensuite déterminer l'intérêt de cette mesure pour l'enfant de l'incapable mineur (2).

1. La caractérisation d'une situation de danger pour le parent incapable mineur

947. Il est nécessaire de caractériser une défaillance parentale pour que le parent incapable mineur puisse faire l'objet d'une mesure d'assistance éducative. A défaut, le juge des enfants est incompétent[1229]. Ainsi, la paternité ou la maternité d'un mineur ne suffit pas en elle-même à justifier l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative. Il faut également établir que la défaillance de ses propres parents face à cette situation met en danger le parent mineur.

948. Il est impératif de rapporter la preuve selon laquelle la qualité de parent mineur peut être constitutive d'un état de danger. Dans certaines hypothèses, aucun doute n'est possible. C'est ainsi qu'un juge des enfants a pu, à juste titre, ordonner le placement au service de l'aide sociale à l'enfance d'une mineure de 12 ans et de son enfant qui furent accueillis au centre maternel départemental. Dans cette espèce, les relations avec le père de l'enfant, suspecté d'avoir abusé de la mère mineure, compromettaient son équilibre psychologique. De plus, son niveau scolaire était insuffisant[1230].

[1228] La loi de 1970 exclut en effet le mineur émancipé du bénéfice de l'assistance éducative. A l'instar de J. Chazal, art. préc. p. 333, il est possible de s'interroger sur les raisons de cette exclusion, qui peut se comprendre comme l'expression de la volonté du législateur de rattacher l'assistance éducative à l'autorité parentale, qui prend fin avec l'émancipation. En ce sens, voir les propos de L. Jozeau-Marigné, JO Sénat CR, séance du 13 mai 1970, p. 391.

[1229] Voir en ce sens CA Paris, 21 juin 1962 : *D*. 1963, p. 141 ; *RTD civ.* 1963, p. 714, obs. H. Desbois. Et pour un rappel de la nécessité d'une défaillance parentale, voir M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, Editions Panthéon-Assas, 2003, n° 193 et s.

[1230] Cass. 1re civ., 3 décembre 1991 : *Bull. civ.* I, n° 340 ; *JCP* G 1993, I, 3639, n° 47 et s., note S. Bernigaud, *Defrénois* 1992, art. 35295, n° 48, p. 728, obs. J. Massip.

949. Il reste à déterminer en quoi la paternité ou la maternité sont constitutives d'un danger pour le mineur. Certes, la jurisprudence a déjà considéré que la grossesse peut être constitutive d'un danger au sens de l'article 375 du Code civil[1231]. Mais des décisions contraires ayant également été rendues sur ce point[1232], aucune certitude n'existe. De plus, il s'agissait dans ces deux espèces d'un problème d'interruption de grossesse, à laquelle les parents refusaient de donner leur consentement. Cette situation est donc très particulière et ne permet pas de poser un principe de l'existence d'un danger. En ce sens, dans l'affaire d'Evry, le tribunal relève, pour autoriser l'I.V.G au titre de l'assistance éducative, que la mineure « est dans une situation matérielle et morale extrêmement préoccupante ». Ceci correspond sans nul doute aux critères de caractérisation de la situation de danger, mais ne fait pas référence à la grossesse en elle-même. La situation de danger pour un parent mineur est plus issue des conditions de mise au monde de son enfant, que de la paternité ou de la maternité.

950. Ainsi, rien ne permet de poser le principe selon lequel la paternité ou la maternité d'un mineur le met en danger. La solution inverse conduirait à poser un automatisme dans le recours à l'assistance éducative pour tout parent mineur, ce qui porterait atteinte à la capacité parentale qui lui est reconnue. Un parent mineur âgé de 12 ans peut exercer l'autorité parentale sans avoir à être placé sous assistance éducative si son entourage et notamment ses père et mère sont en mesure de l'aider dans l'exercice de ses prérogatives. Cependant, la paternité ou la maternité d'un mineur est à l'évidence un des facteurs de caractérisation d'une situation de danger. S'il ne suffit pas à lui seul pour l'établir, il révèle le plus souvent une situation familiale instable, propice à l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative. Surtout, plus le parent mineur est jeune, plus la mesure paraît nécessaire.

951. La mesure d'assistance éducative apporte une aide aux parents défaillants du parent mineur. Elle participe également à la protection de ce parent mineur, en l'aidant à se réadapter à la société. Au delà de cette protection de l'incapable mineur, il convient de s'interroger sur les effets de la mesure d'assistance éducative sur l'enfant lui-même.

[1231] Tribunal pour enfants d'Evry, 8 novembre 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 218 et *RD. sanit. soc.* 1983, n° 4, p. 162, note P. Raynaud.
[1232] CA Bordeaux, 4 décembre 1991 : *D*. 1993, jurisp. p. 129 note Th. Dubaele.

2. La protection indirecte de l'enfant de l'incapable mineur

952. L'ouverture d'une mesure d'assistance éducative a pour objet de mettre fin à la situation de danger de l'enfant. Or, lorsqu'il trouve sa source notamment dans la paternité ou la maternité du mineur, c'est sans revenir sur cette qualité qu'il faut tenter de mettre fin à ce danger. La mesure va jouer sur d'autres facteurs, comme par exemple le milieu familial, l'éducation… La stabilité ainsi apportée à son parent incapable bénéficiera également à l'enfant.

953. La jurisprudence s'est déjà prononcée en ce sens. La Cour d'appel de Riom, le 10 août 1999[1233], a décidé le maintien du placement de l'enfant d'une mère mineure alors qu'elle faisait elle-même l'objet d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert, au motif qu'elle devait se désinvestir de l'emprise de sa propre mère et se stabiliser tant dans sa vie familiale que matérielle. Ici, le placement de l'enfant ne prendra fin qu'avec la disparition des causes de l'assistance éducative en milieu ouvert de la mère, et avec son retour à une certaine stabilité. De même, la Cour d'appel d'Angers, le 26 juin 1992[1234] a décidé d'un placement pour l'enfant d'une mère mineure âgée de 16 ans qui l'avait reconnu trois semaines après avoir accouché sous X. Sa mère avait des relations douteuses avec sa propre mère et faisait elle-même l'objet d'une mesure d'assistance éducative, le père biologique était lui incarcéré.

954. L'assistance éducative de la mère mineure ne suffit donc pas toujours à assurer immédiatement une protection indirecte de l'enfant. Mais son objectif, la disparition de la situation de danger, répond également à l'intérêt de l'enfant, en visant la stabilité de son milieu familial. En attendant, son propre placement sous assistance éducative répond au souci de sa protection.

955. En pratique, les différents intervenants vont conduire le parent mineur vers la maturité, la prise de conscience de sa charge. Ils vont lui enseigner, ainsi qu'à ses propres parents, les moyens de l'assumer. L'éducation ainsi apportée à l'incapable mineur et à ses parents donne à l'enfant un meilleur cadre. Ainsi, en mettant fin à la situation de danger du parent mineur, la mesure d'assistance éducative lui permet d'assurer une meilleure protection de son enfant.

[1233] CA Riom, 10 août 1999 : Juris-Data 102678.
[1234] CA Angers, 26 juin 1992, ch. spéciale des mineurs : Juris-Data 051372.

956. La protection indirecte dont bénéficie l'enfant du parent mineur varie cependant avec le type de mesures prononcées. S'il s'agit d'une assistance éducative en milieu ouvert, l'action des travailleurs sociaux au domicile peut aisément bénéficier à l'enfant qui réside avec le parent mineur et ses grands-parents. L'article 375-2 du Code civil énonce d'ailleurs que la personne qualifiée ou le service d'observation, d'éducation ou de rééducation désigné a pour mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. L'action englobe la famille en son entier.

957. Mais s'il s'agit d'un placement, le parent mineur peut se voir séparé de son enfant, dans l'hypothèse d'une impossibilité pratique de les héberger conjointement. Une telle situation dénature l'institution de l'assistance éducative, car la mesure s'apparente alors à un véritable retrait de l'autorité parentale. La protection devient sanction, dans la mesure où le parent mineur ne peut plus exercer pleinement son autorité parentale[1235]. L'enfant doit alors faire lui-même l'objet d'une mesure d'assistance éducative pour autoriser son placement, légitimer la séparation avec son parent, et permettre à un tiers d'assurer sa protection.

958. Cette dernière hypothèse révèle l'importance des effets de la mesure d'assistance éducative dans la protection de l'enfant de l'incapable. Cette protection, comme l'atteinte aux prérogatives parentales, dépend du type de mesures mises en œuvre.

§ 2. Les effets de la mesure d'assistance éducative en cas d'incapacité du ou des parents

959. Aux termes de l'article 375-7 du Code civil, « les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure ». Ce principe n'a cependant pas la même portée selon le type de mesures d'assistance éducative mises en œuvre (A). De plus, confrontée à l'incapacité du ou des parents, l'assistance éducative est source d'un conflit de juridictions (B).

[1235] *Cf. infra* § 969 s.

A) Une protection variable

960. Si le principe selon lequel les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale en cas d'assistance éducative a un sens lorsque l'enfant est maintenu dans son milieu actuel (1), tel n'est plus vraiment le cas si l'enfant fait l'objet d'un placement (2).

1. Le maintien de l'enfant dans son milieu actuel

961. Il s'agit du principe posé par l'article 375-2 du Code civil : « chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel »[1236]. Le juge désigne une personne qualifiée, un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, afin d'apporter aide et conseil à la famille et de l'aider à surmonter les difficultés morales et matérielles qu'elle peut rencontrer[1237].

962. Il est donc question d'aide et d'assistance. Les parents « ne sont pas privés de leur autorité, ils sont seulement aidés et guidés dans l'accomplissement d'une mission difficile »[1238]. L'objectif est « de maintenir, d'améliorer et de rétablir les liens naturels hors desquels, au regard de la protection du mineur en danger, les milieux de substitution ne sont qu'un pis-aller »[1239]. Le principe du maintien de l'enfant dans son milieu actuel se justifie alors aisément. Il faut agir à la fois sur le mineur et sur son milieu. De cette manière, le problème des carences parentales peut être traité.

963. Le rôle du tiers intervenant mérite d'être précisé[1240]. Lorsque le danger encouru par l'enfant naît des carences parentales liées à un état d'incapacité, l'intervention ne peut se limiter à une difficulté en particulier. Il faut s'assurer d'une bonne protection générale de l'enfant mis en danger par le comportement de ses parents. Par suite, la présence du tiers se

---

[1236] La Cour européenne des droits de l'homme énonce d'ailleurs que « pour un parent et son enfant être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale » : Cour EDH, Olsson c/ Suède, 24 mars 1988, série A, n° 130, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, n° 43. L'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale que constitue la prise en charge de l'enfant par l'autorité publique doit donc, pour ne pas violer l'article 8 de la convention, être prévue par la loi, justifiée par un objectif légitime, et nécessaire.

[1237] La mesure d'assistance éducative en milieu ouvert peut aussi être confiée aux services de l'aide sociale à l'enfance : Cass. 1re civ., 3 octobre 2000 : *Bull. civ.* I, n° 230 : *D.* 2001, jurisp. p. 1054, note M. Huyette ; *RD sanit. soc.* 2001, p. 147, obs. F. Monéger ; *RTD civ.* 2001, p. 348, obs. J. Hauser.

[1238] G. Marty et P. Raynaud : *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3e éd., 1976, n° 248 Bis.

[1239] J.-F. Renucci, *Enfance délinquante et enfance en danger, La protection judiciaire de la jeunesse*, éd. du CNRS, 1990, p. 246, n° 230.

[1240] Voir pour l'application de ce principe en matière de protection de la santé de l'enfant, A. Deiss, « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP* G 1983, I, 3125, n° 45.

fait ici forte, bien que l'enfant soit maintenu dans son milieu actuel, et ce d'autant plus que plane sur les parents une menace de placement de leur enfant[1241]. L'importance de l'atteinte aux prérogatives parentales varie ainsi avec le type d'intervention nécessaire, c'est-à-dire avec les causes du danger sur lesquelles une action a lieu.

964. Il convient également ici de faire référence à la possibilité donnée au juge de « subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu actuel à des obligations particulières, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, ou d'exercer une activité professionnelle »[1242]. Il est cependant discutable d'envisager l'application de cet article pour imposer aux père et mère incapables une obligation de soins, comme par exemple un traitement contre l'alcoolisme ou un traitement psychiatrique[1243]. Des auteurs soutiennent en effet que le lien de causalité entre ce problème propre aux parents et la situation de danger dans laquelle se trouve l'enfant n'est pas certain[1244].

965. Toutefois, dès lors que les carences éducatives ont pour cause les motifs de placement du ou des parents sous un régime de protection, tels l'intempérance ou une altération des facultés mentales, le meilleur moyen de mettre fin au danger est d'agir sur ces motifs. S'il est vrai que la protection de l'enfant passe par une atteinte aux libertés individuelles des père et mère, cette atteinte est justifiée et proportionnée au but recherché, à savoir la protection de l'enfant. Dans le cadre de l'assistance éducative, l'intérêt de l'enfant prime sur celui de ses parents qui n'ont pas été en mesure d'assurer sa protection. L'atteinte qui leur est portée en les soumettant à une obligation de soins est justifiée tant qu'elle a pour finalité de mettre fin à la situation de danger dans laquelle se trouve l'enfant. La difficulté à établir un lien de causalité entre la difficulté propre aux père et mère et la situation de danger de l'enfant n'empêche pas le juge de prescrire une telle mesure : il suffit d'établir que cette difficulté participe à la défaillance parentale. De plus, aucune sanction ne peut directement être prononcée contre le ou les parents concernés s'ils ne se soumettent pas à cette obligation. Il s'agit seulement de favoriser le maintien de l'enfant dans son milieu actuel, tout en assurant sa protection. Si cette protection ne peut plus être assurée parce que le ou les parents n'ont pas

[1241] En ce sens, M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, Thèse préc., n° 266 et note 1.
[1242] Article 375-2 al. 2 du Code civil.
[1243] Voir par exemple CA Paris, 22 décembre 1983, 24e ch. B : Juris-Data 030798, qui prescrit aux père et mère handicapés de « se rendre à la consultation des dispensaires d'hygiène mentale ».
[1244] Voir en ce sens J.-F. Eschylle et M. Huyette, « Autorité parentale. Assistance éducative. Modalités – Effets », *J.-Cl. civ.*, art. 371 à 387, Fasc. 21, 2002, n° 54.

participé aux obligations mises à leur charge, l'enfant reste en danger au sein de son milieu actuel et doit pour ce motif faire l'objet d'un placement.

966. En cas de maintien de l'enfant dans son milieu actuel, et indépendamment des éventuelles obligations particulières mises à la charge du ou des parents, les père et mère conservent l'exercice de l'autorité parentale au quotidien. Certains auteurs estiment en outre que les parents ne se voient ici pas restreindre leurs prérogatives[1245], que la mesure « n'apporte pas de restriction juridique à la personnalité ou à la liberté des parents »[1246]. La mesure d'assistance éducative répond ainsi parfaitement à l'objectif de conciliation entre la protection de l'enfant et le respect des prérogatives parentales. En ce sens d'ailleurs, il est impératif d'obtenir ici l'adhésion de la famille[1247], au risque à défaut de priver la mesure d'efficacité.

967. Le maintien de l'enfant dans son milieu actuel signifie le maintien dans son milieu familial naturel[1248]. Il ne s'agit donc pas toujours de ses parents. Notamment, il peut arriver que, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert, l'enfant reste chez ses grands-parents, avec qui il réside depuis plusieurs années déjà, même sans autorisation judiciaire. Cette situation est courante lorsque les père et mère sont mineurs incapables. En ce cas, l'action du service désigné pour apporter aide et assistance à la famille s'effectue chez les grands-parents de l'enfant et les concerne autant que les parents de l'enfant.

968. Ainsi, l'atteinte aux prérogatives parentales est limitée lorsque l'enfant est maintenu dans son milieu actuel. Cette atteinte est plus importante lorsque l'enfant fait l'objet d'un placement.

[1245] G. Almeirac, « Commentaire de l'ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 », *D.* 1959, Lég. p. 541 ; G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, n° 248 bis ; A.-M. Fournié, *La protection judiciaire de l'enfance en danger*, Litec, 3e éd., 1970, p. 45, n° 56, pour qui cependant tel n'est pas le cas si le juge des enfants assortit sa décision d'une obligation particulière au sens de l'article 375-2, telle celle de fréquenter régulièrement un établissement d'éducation (*cf.* le supplément à la 3e éd., à jour au 1er sept. 1971, n° 45).

[1246] G. Almeirac, art. préc., p. 541.

[1247] Adhésion que le juge des enfants doit toujours rechercher aux termes de l'article 375-1 du Code civil.

[1248] Jurisprudence constante : Cass. 1re civ., 6 janvier 1981 : *Bull. civ.* I, n° 1 ; 23 janvier 1985 : *Bull. civ.* I, n° 35 ; 17 novembre 1981 : *Bull. civ.* I, n° 336 ; 4 juillet 1978 : *Bull. civ.* I, n° 249.

2. Le placement de l'enfant

969. Aux termes de l'article 375-3 du Code civil, « s'il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu actuel, le juge peut décider de le confier à l'autre parent ; à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation ; à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ». Ce placement peut s'avérer nécessaire lorsque le parent est complètement immature[1249], ou a « des troubles psychologiques sévères et des carences intellectuelles et affectives »[1250]. Il n'y a cependant aucun automatisme : la nécessité du placement n'est pas établie par la seule preuve de la déficience intellectuelle des parents[1251]. Dans toutes ces hypothèses, les attributs de l'autorité parentale, s'ils peuvent se concilier avec l'application de la mesure d'assistance éducative, sont sensiblement réduits[1252].

970. L'esprit du texte semble vouloir instituer un partage des prérogatives entre les parents et le tiers ou l'institution qui recueille l'enfant[1253]. Mais l'ensemble des décisions quotidiennes sont assumées par le tiers ou l'institution. Cette solution est d'ailleurs confirmée par l'article 373-4 du Code civil, relatif à l'autorité parentale en général et non au seul domaine de l'assistance éducative, qui énonce que « la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et son éducation ». Ces actes sont ceux qui « se limitent aux actes de la vie quotidienne nécessités par l'exercice immédiat de l'autorité sans que soient concernés les actes qui impliquent une orientation de l'enfant ou qui engagent son avenir »[1254]. Les père et mère ne conservent alors le droit de consentir aux décisions importantes concernant la personne de l'enfant ainsi que les prérogatives

---

[1249] CA Riom, 12 mai 2002 : Juris-Data 176853. Il s'agit en l'espèce d'une mère majeure « complètement immature ».

[1250] CA Riom, chbre des mineurs, 4 juillet 2000 : Juris-Data 119293. Dans le même sens, CA Riom, 12 février 2002 : Juris-Data 176651, qui fait référence à l'impossibilité pour la mère, vu ses carences, de prendre en charge l'enfant dont la santé nécessite des soins importants.

[1251] Voir Cour EDH, Kutzner c/ Allemagne, 26 février 2002, qui condamne le gouvernement pour violation de l'article 8 de la convention, au motif que « si les raisons invoquées par les autorités et juridictions nationales étaient pertinentes, elles n'étaient pas suffisantes pour justifier cette grave ingérence dans la vie familiale des requérants » (§ 81).

[1252] *Cf.* pour une vision pratique et la nécessité de « repenser la dialectique milieu ouvert/placement », H. Amon, « L'autorité parentale à l'épreuve du placement ; Vers une redéfinition du milieu ouvert », *JDJ* n° 176, juin 1998, p. 12.

[1253] Sur l'hypothèse d'une mesure d'assistance éducative ordonnée alors que l'exercice de l'autorité parentale est unilatérale, voir A.-M. Leroyer, « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD civ.* 1998, p. 587, spéc. p. 591et 592, qui énonce que « la mesure réalise un démembrement de l'autorité parentale ».

[1254] G. Raymond, « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP* G 1987, I, 3299, n° 13.

exceptionnelles : le droit de consentir à l'adoption et au mariage de l'enfant et le droit de solliciter auprès du juge des enfants son émancipation[1255].

971. Or l'autorité parentale est essentiellement constituée d'actes usuels. Les décisions graves, pour lesquelles le tiers recueillant devra solliciter l'accord des parents, restent marginales. Le maintien des prérogatives parentales, que l'ensemble des intervenants sociaux justifient par l'intérêt pour l'enfant de ne pas être totalement séparé de ses parents, relève ainsi d'une certaine hypocrisie[1256]. Cette hypocrisie se double d'un paradoxe lorsque l'assistance éducative trouve sa source dans une défaillance parentale liée à un état d'incapacité.

972. En effet, la mesure a pour conséquence de priver le parent incapable de ses prérogatives au quotidien, c'est-à-dire pour les décisions les plus faciles à prendre et qui n'ont pas d'effet trop important sur l'enfant. Elle laisse aux père et mère incapables leurs prérogatives les plus graves. Ces derniers continuent à participer aux actes qui engagent l'avenir de leur enfant. Certes, d'un côté, cette situation se justifie par l'idée essentielle de l'assistance éducative : les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale. Par suite l'hypothèse de l'incapacité du ou des parents ne modifie rien. Si l'assistance éducative a été jugée suffisante, c'est que le ou les parents incapables disposaient de l'aptitude nécessaire à l'exercice de leurs prérogatives. A défaut, l'application automatique de l'article 373 du Code civil les aurait privés de l'exercice de l'autorité parentale.

973. Mais d'un autre côté, le système ne répond pas aux difficultés liées à l'incapacité du ou des parents. Alors que l'ouverture d'un régime de protection vise à retirer à la personne incapable l'exercice des actes les plus graves et à lui laisser les plus usuels, la mise en œuvre de l'assistance éducative donne lieu à la solution inverse. De plus, parmi les décisions graves, seule l'émancipation de l'enfant fait l'objet d'un contrôle par le juge des enfants. L'ambiguïté du système est cependant tempérée à un double titre. D'une part, pour le consentement à donner aux actes exceptionnels, il est exigé de la part des père et mère l'aptitude à exprimer

[1255] Article 375-7 du Code civil.
[1256] Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme, le 19 septembre 2000, dans l'affaire Benjamin G. c/ France : *Dr. famille* déc. 2000, comm. n° 150, note B. de Lamy, a estimé que les mesures d'assistance éducative lourdes, tel un placement, sont compatibles avec le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la convention au motif que l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération.

une volonté consciente[1257] et l'obtention du double consentement parental est nécessaire[1258]. D'autre part, les père et mère peuvent le plus souvent exercer un droit de visite et d'hébergement et ont le droit de participer à la vie quotidienne de l'enfant[1259]. S'ils sont privés de la plus grande partie de leur autorité parentale, ils conservent cependant un droit de visite et de correspondance[1260], et l'obligation d'assumer les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant[1261].

974. Il apparaît alors que l'exercice du droit de visite et éventuellement d'hébergement, essentiel en cas de placement pour que l'enfant ne perde pas contact avec ses parents[1262], soulève des difficultés lorsque le parent concerné est incapable.

975. Les causes de l'incapacité civile peuvent tout d'abord empêcher le parent d'exercer son droit de visite et d'hébergement. Un handicap physique ou mental, lorsqu'il a donné lieu à un placement en établissement, peut permettre au juge de refuser l'exercice de son droit de visite et d'hébergement à un incapable. La Cour d'appel de Pau, le 30 septembre 1991[1263], a ainsi supprimé le droit de visite et d'hébergement d'un père à la santé mentale fragile et ayant fait l'objet d'un arrêté d'hospitalisation d'office. Pourtant, l'article L. 353-2 du Code de la santé publique reconnaît aux personnes admises dans un établissement « accueillant des malades atteints de troubles mentaux » le droit de recevoir des visites. C'est donc l'intérêt de l'enfant qui prime en la matière, ce qui permet de refuser ce droit au parent s'il lui est contraire[1264].

976. Ainsi, la Cour de cassation, dans le cadre de l'assistance éducative, a pu suspendre le droit de visite et d'hébergement qui avait été accordé au père par le juge aux affaires matrimoniales, au motif qu'il est atteint de troubles graves se traduisant par une attitude

[1257] *Cf. supra* § 438 s.
[1258] Article 372-2 du Code civil.
[1259] Par exemple pour la consultation des carnets scolaires, l'achat de vêtements…., voir J.-F. Eschylle et M. Huyette, « Autorité parentale. Assistance éducative. Modalités – Effets », *J.-Cl. civ.*, art. 371 à 387, Fasc. 21, 2002, n° 81.
[1260] Article 375-7 al 2 du Code civil. CE, 1er mars 1991 et 10 avril 1991, Mme Delannay : *RD sanit. soc*. 1992, p. 156, obs. F. Monéger. Et Cass. 1re civ., 13 octobre 1998 : *D*. 1999, p. 123, note M. Huyette ; *D*. 1999, somm. p. 201, obs. F. Granet ; *RTD civ*. 1999, n° 20, p. 75, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 1999, art. 36947, n° 6, p. 309, obs. J. Massip.
[1261] Article 375-8 du Code civil.
[1262] Voir en ce sens d'ailleurs, l'article 375-7 *in fine* du Code civil, né de la loi contre les exclusions du 29 juillet 1998, qui énonce que « le juge peut indiquer que le placement de l'enfant doit être recherché afin de faciliter, autant que possible, l'exercice du droit de visite par le ou les parents ».
[1263] CA Pau, 30 septembre 1991 : *RTD civ* 1994, p. 92, obs. J. Hauser.
[1264] Cour EDH, 7 août 1996 : *D*. 1997, somm. p. 210, note Fricero.

pathologique constitutive d'un nouveau danger pour l'enfant exposé à des risques de perturbations majeurs, et que le comportement du père rend l'exercice du droit de visite et d'hébergement inconciliable avec la mise en oeuvre de la mesure d'assistance éducative précédemment ordonnée[1265]. De même, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 12 novembre 2001[1266], a pu décider qu'une mère sous curatelle qui a un comportement gravement inadapté ne peut exercer son droit de visite qu'au domicile du père et en présence d'une tierce personne[1267]. Toutefois, le statut d'incapable ne peut en lui-même priver le parent mineur ou majeur protégé de son droit de visite et d'hébergement.

977. Le non exercice du droit de visite et d'hébergement peut ensuite avoir directement pour origine le comportement du parent. Ce dernier peut en effet ne pas s'intéresser à l'enfant. Or, sur ce point, la jurisprudence a déjà décidé qu'un père qui n'exerce pas son droit de visite « dans la première journée pour les périodes de vacances, dans l'heure pour les dimanches », est présumé renoncer à la totalité de la période considérée[1268]. En cas d'incapacité du parent, la qualification de renonciation soulève une difficulté. En effet, la renonciation à un droit ne peut être effectuée par l'incapable seul, qui doit, selon le cas, faire appel à son curateur, à son tuteur autorisé par le conseil de famille, ou à ses administrateurs légaux sous le contrôle du juge des tutelles. Or, il apparaît que le non exercice de ce droit ne peut être décidé par les représentants légaux, s'agissant d'une situation de fait. Le parent incapable ne pouvant pas seul renoncer à un droit, il ne pourrait donc pas décider seul de ne pas exercer son droit de visite et d'hébergement ! Il semble mieux approprié de considérer le retrait de ce droit comme une sanction d'un comportement fautif. Le parent n'ayant pas exercé son droit, le juge peut le lui retirer dans l'intérêt de l'enfant. Dans un tel cas, le problème du caractère volontaire de l'absence d'exercice du droit se pose alors. Il semble que, dans l'intérêt de l'enfant, l'absence de volonté consciente du parent ne doit pas empêcher la perte de son droit de visite et d'hébergement ; mais dans cette hypothèse, cette perte ne peut être considérée comme une sanction de son comportement. Il s'agit alors d'une limitation à l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant.

[1265] Cass. 1re civ., 10 juillet 1996 : *Bull. civ.* I, n° 313 ; *D.* 1996, IR p. 205 ; *JCP* G 1996, IV, 2047 ; *RTD civ.* 1997, p. 410, n° 18, obs. J. Hauser. Voir également CA Paris, 24e ch., 14 octobre 1982 : Juris-Data 029757, qui a décidé le placement de l'enfant sans droit de visite, au motif que la mère sous curatelle a une existence instable et refuse toute aide morale et matérielle.

[1266] CA Aix-en-Provence, chbre 6 A, 12 novembre 2001 : Juris-Data 157512.

[1267] Dans le même sens, CA Riom chbre des mineurs, 4 juillet 2000 : Juris-Data 119293, renouvelle le placement à l'ASE de l'enfant d'une mère qui a des troubles psychopathologiques sévères et des carences intellectuelles et affectives, et accorde un droit de visite en lieu neutre.

[1268] Cass. 2e civ., 19 novembre 1975 : *Bull. civ.* II, n° 298.

978. L'obligation d'assumer les frais d'entretien et d'éducation, qui restent à la charge du parent incapable malgré la mesure de placement, soulève également une difficulté. Aux termes de l'article 371-2 du Code civil, tout parent, même mineur non émancipé ou majeur sous tutelle ou curatelle, doit assurer l'entretien de son enfant mineur à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Le juge a cependant la faculté de décharger en tout ou partie les parents de leur obligation[1269]. « Pièce maîtresse du dispositif de protection de l'enfant »[1270], cette obligation parentale mise à la charge des parents est en réalité plus liée à la filiation qu'à l'exercice de l'autorité parentale. Elle ne dépend pas de leur capacité civile, et pourra dans certains cas être assurée au travers de la mise en place d'une tutelle aux prestations sociales[1271].

979. Les effets de l'assistance éducative varient donc selon le type de mesures prononcées. De plus, toutes les difficultés ne sont pas réglées et de nouveaux conflits apparaissent pour l'application de la mesure elle-même.

B) L'émergence de nouveaux conflits

980. S'il n'est aujourd'hui plus question de caractériser le danger en s'appuyant seulement sur la notion de conflit, l'idée de carence éducative ayant désormais primauté, il ne faut pas nier l'existence d'un conflit d'intérêts. Déjà, ce conflit persiste au cours de l'exécution de la mesure d'assistance éducative (1). Surtout, lorsque le ou les parents sont incapables, un nouveau conflit prend naissance, cette fois entre les différents magistrats susceptibles d'intervenir à la procédure, ce qui n'est pas sans conséquence sur le type de décisions pouvant être adoptées (2).

[1269] Article 375-8 du code civil.
[1270] H. Fulchiron « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, p. 987.
[1271] *Cf. supra* § 881.

1. La survie du conflit d'intérêts

981. Pour certains auteurs, la situation de danger repose sur l'existence d'un conflit. Pour d'autres néanmoins, cette idée de conflit est insuffisante à fonder le danger au sens de l'article 375 du Code civil[1272].

982. Toutefois, si l'utilisation de la notion de conflit d'intérêts pour expliquer le danger prête à discussion, elle est incontestablement nécessaire pour qualifier la situation qui suit le prononcé de la mesure d'assistance éducative. En effet, la protection de l'enfant, finalité de l'assistance éducative, passe par l'exercice d'une action ayant pour but de mettre fin aux carences parentales. L'intérêt de l'enfant est de mettre fin à sa situation de danger. L'intérêt des père et mère est de poursuivre l'exercice de leur autorité parentale, de conserver pleinement leurs prérogatives. Or pour répondre à l'intérêt de l'enfant, il faut porter une atteinte, plus ou moins limitée, aux prérogatives parentales et donc à l'intérêt des père et mère. Le conflit d'intérêts prend alors corps à travers l'exercice de la mission des personnes ou services compétents pour agir en milieu ouvert, ou par le placement de l'enfant. Les mesures nécessaires à la protection de l'enfant portent certainement atteinte aux prérogatives parentales. Mais l'intérêt de l'enfant prime ici nettement sur l'intérêt du ou des parents. D'une certaine façon, l'enfant est protégé au détriment de son parent.

983. Un conflit d'intérêts entre l'enfant et son parent naît ainsi de l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative. Un autre conflit, propre à la situation du parent incapable, apparaît également entre les différentes juridictions susceptibles d'intervenir dans la procédure d'assistance éducative de l'enfant d'un parent incapable.

2. Le conflit entre juridictions

984. La double protection, celle de l'enfant et celle de son parent incapable, conduit à un chevauchement des compétences[1273] du juge des enfants avec celles du juge des tutelles.

[1272] *Cf. supra* § 926.

[1273] Sur ce problème, voir notamment Ph. Robert, « L'assistance éducative à travers la jurisprudence », *JCP* G 1968, I, 2158, n° 15 et s., et 1970, I, 2312, n° 12 et s. ; A. Kimmel, *Le juge de l'autorité parentale, compétence et pouvoirs*, Thèse Toulouse 1996 ; C. Albiges (ss dir.), *L'autorité parentale et ses juges*, Actes du colloque de la faculté de droit de Montpellier du 27 mai 2004, Litec, Coll. Carré Droit, 2005, spéc. O. Sautel, « L'autorité parentale et le juge des enfants », p. 91-103, et S. Robinne, « L'autorité parentale et le juge des tutelles », p. 105-114.

Ce dernier peut en effet être tenté d'ouvrir une mesure d'assistance éducative parallèlement à l'ouverture d'un régime de protection du parent majeur dont l'inaptitude met en danger l'enfant. Il peut également être appelé, au moment de l'ouverture d'un régime de protection d'un majeur, à se prononcer sur une mesure d'assistance éducative en cours. A l'opposé, il est possible que des informations relatives à l'état des facultés des parents et pouvant mettre fin à leur tutelle ou curatelle, ou en nécessiter un renforcement, soient portées à la connaissance du juge des enfants saisi d'une procédure d'assistance éducative.

985. Dans des circonstances similaires, le législateur[1274] a reconnu au juge aux affaires familiales la possibilité de passer outre la mesure d'assistance éducative en attribuant – suite à la séparation du couple – l'exercice de l'autorité parentale et la résidence habituelle à celui qui en avait été « privé » du fait du placement de l'enfant en institution ou même chez l'autre parent[1275]. De la même façon, le juge des enfants peut prendre des mesures modifiant la décision prise par la juridiction familiale, sous la condition cependant de l'apparition « d'un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur »[1276]. Or l'interprétation de cette notion est aujourd'hui gouvernée par l'intérêt de l'enfant[1277], ce qui limite les hypothèses dans lesquelles le juge des enfants peut modifier la décision du juge aux affaires familiales.

986. Rien n'autorise cependant le juge des tutelles à passer outre une mesure d'assistance éducative. Il n'a de compétence ni en matière de conflits familiaux, ni en matière d'autorité parentale. Aux termes de l'article 375-1 du Code civil, la compétence du juge des enfants est exclusive pour l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative[1278]. Le juge des tutelles ne peut en aucun cas la prononcer. Il doit transmettre le dossier au ministère public ou au juge des enfants qui peut se saisir d'office. De même, la Cour de cassation[1279] a été amenée à se prononcer sur le partage de compétence entre le juge des enfants et le juge des tutelles,

---

[1274] Article 373-3 du Code civil.
[1275] Sur la répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, voir notamment M. Huyette, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, 3e éd., 2003, p. 135 et s.
[1276] Article 375-3 du Code civil. Pour une illustration Cass. 1re civ, 26 janvier 1994 : *D*. 1994, 278, note M. Huyette ; *Defrénois* 1994, 781, obs. J. Massip. Cass. 1re civ., 3 février 1987 : *Defrénois* 1987, art. 34044, n° 65, p. 1079 et *D*. 1987, jurisp. p. 513, note J. Massip ; Cass. 1re civ., 23 février 1994 : *JCP* G 1994, II, 22431 (2e espèce), note S. Bernigaud ; *Defrénois* 1994, art. 35891, n° 101, p. 1094, obs. J. Massip.
[1277] En ce sens, O. Sautel, art. préc., in *L'autorité parentale et ses juges*, Actes du colloque de la faculté de droit de Montpellier du 27 mai 2004, ss. dir. C. Albiges, Litec, Coll. Carré Droit, 2005.
[1278] Voir pour l'annulation d'une mesure ouverte par un juge aux affaires familiales : Cass. 1re civ, 10 mai 1995 : *JCP* G 1995, IV, 1585 ; *D*. 1995, somm. p. 238. Et déjà Trib. enfants Paris, 16 avril 1988 : *D*. 1988, p. 574, note J.-F. Renucci.
[1279] Cass. 1re civ., 3 décembre 1991 : *Bull. civ.* I, n° 340 ; *Defrénois* 1992, art. 35295, n° 48, p. 728, obs. J. Massip ; *JCP* G, 1993, I, 3639, n° 47, note S. Bernigaud.

lorsque ce dernier intervient, non pas pour assurer la protection du parent majeur, mais pour celle de l'enfant. Le fait qu'une mineure – qui était mère à 12 ans – soit placée sous tutelle du service de l'aide sociale à l'enfance, ne constitue pas un obstacle à la compétence du juge des enfants lorsque les conditions de l'article 375 du Code civil sont réunies. C'est là une application pure et simple du principe selon lequel le juge des enfants est compétent dès que l'enfant est en danger. C'est également la marque de l'indifférence des conditions de placement d'un enfant sous assistance éducative à l'incapacité civile des parents.

987. La compétence du juge des enfants, si elle est certaine, n'en est pas moins limitée dans le temps. Le but de l'assistance éducative est de mettre fin, le plus rapidement possible, à la situation de danger de l'enfant et de donner aux parents les moyens d'assumer leur mission de protection. La mesure décidée par le juge ne peut ainsi excéder deux ans lorsqu'elle est exercée par un service ou une institution[1280]. Elle est, de plus, susceptible d'être modifiée à tout moment, ce qui permet de l'adapter aux évolutions de l'état du ou des parents incapables.

988. L'assistance éducative prend ainsi place parmi le dispositif d'aide et d'assistance qui peut bénéficier au parent incapable. Si la mise en œuvre de ces mesures n'est pas spécifique aux difficultés nées de l'incapacité, certains rapprochements avec les causes de cette incapacité existent.

[1280] Article 375 al. 3 du Code civil.

CONCLUSION DU TITRE 1

989. La protection de l'enfant de l'incapable peut être assurée lorsque ce parent exerce l'autorité parentale. Si le parent même incapable doit rester l'acteur principal de la protection, des mesures d'accompagnement, d'aide ou d'assistance sont cependant nécessaires pour garantir le respect de cette finalité de l'autorité parentale.

990. Ces mesures peuvent se limiter au partage des prérogatives. Comme tout parent, l'incapable exerce alors l'autorité parentale sur la personne avec l'autre parent ou le juge des tutelles, au moins pour les actes les plus importants. Ses propres parents, tuteurs ou curateurs, peuvent également jouer un rôle indirect dans la protection de l'enfant, leur mission pouvant interférer avec les prérogatives parentales de l'incapable. Ce partage peut même être consacré par une mesure de délégation de l'autorité parentale, volontaire ou forcée, indépendamment du régime de leur incapacité. Le parent incapable partage également l'exercice de l'administration légale avec l'autre administrateur ou le juge des tutelles.

991. Ces solutions sont peu satisfaisantes, notamment quant au rôle des parents, des tuteurs et curateurs de l'incapable. C'est pourquoi *de lege ferenda*, il est souhaitable de clarifier les règles de partage lorsqu'un parent est incapable et d'envisager de nouveaux systèmes, respectueux des prérogatives parentales tout en garantissant la protection de l'enfant. La nomination d'un administrateur *ad hoc* et la mise en place d'une fiducie-gestion répondent à ces objectifs en matière patrimoniale.

992. La protection de l'enfant de l'incapable rend parfois nécessaire une véritable assistance du parent incapable. Dans un premier temps, l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance, qui peut consister en des prestations de service ou d'espèces, peut suffire. Indépendante de l'incapacité civile des père et mère, elle répond cependant bien aux difficultés nées de cette situation. Il en est de même du placement sous tutelle des prestations familiales, dont la finalité éducative poursuit indiscutablement le but d'assurer une protection efficace de l'enfant.

993. Dans un second temps, lorsque la situation de danger de l'enfant est avérée, une réponse judiciaire est indispensable. Tout en laissant aux père et mère leurs prérogatives parentales, une mesure d'assistance éducative peut être décidée. Détachée du régime d'incapacité, elle peut cependant en épouser les causes et répondre au double objectif du respect des prérogatives parentales et de protection de l'enfant, du moins en cas d'action en milieu ouvert.

994. Ainsi, plusieurs mesures permettent de garantir la protection de l'enfant tout en laissant les parents incapables exercer leurs droits et pouvoirs. Il est cependant parfois nécessaire, pour répondre à ce souci de protection, de priver les père et mère de leurs prérogatives.

TITRE 2 : LA PROTECTION DE L'ENFANT DE L'INCAPABLE PAR LA PRIVATION DES PRÉROGATIVES PARENTALES

995. Concilier le respect des prérogatives parentales avec le souci de protection de l'enfant n'est pas toujours possible. Dans certaines hypothèses, la protection de l'enfant passe impérativement par une mesure ayant pour objet de priver le ou les parents incapables de leurs prérogatives. Cette privation des prérogatives parentales révèle l'idée d'un droit de l'enfant à être efficacement protégé, et ce parfois contre ses parents[1281]. Il est contraire à l'intérêt de l'enfant de confier sa protection à des parents qui ne sont pas aptes à assumer cette charge. Il incombe alors au juge de mettre en œuvre les dispositifs nécessaires pour donner à l'enfant une véritable protection, quitte à ce que ses parents soient privés de leurs prérogatives. Ce type de mesures participe de la volonté d'assurer un bon exercice de l'autorité parentale, conforme aux intérêts de l'enfant.

996. Deux systèmes existent. Le premier correspond à une situation de difficulté temporaire. L'enfant n'est pas en danger mais son ou ses parents ne sont pas en mesure de répondre à un moment donné à la finalité de leurs prérogatives parentales, c'est-à-dire assurer la protection de l'enfant et la défense de ses intérêts. Le second correspond à des difficultés plus graves pour l'enfant. Il faut ici assurer sa protection contre ses parents qui sont directement à l'origine de la situation de danger dans laquelle il se trouve. Ainsi, la protection de l'enfant de l'incapable peut être assurée par la perte de l'exercice des prérogatives parentales (Chapitre 1) ou par le retrait de l'autorité parentale (Chapitre 2).

[1281] Sur cette formulation, voir C. Desnoyer, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, L'Harmattan, 2001, spéc. n° 150 et s. ; C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984.

CHAPITRE 1 : LA PERTE PAR LE PARENT INCAPABLE DE L'EXERCICE DES PRÉROGATIVES PARENTALES

997. Le parent qui exerce l'autorité parentale n'est jamais assuré de conserver ses prérogatives jusqu'à la majorité de l'enfant. Dans certaines hypothèses, il peut perdre l'exercice des prérogatives parentales. Une distinction doit alors être rappelée ici. L'exercice des droits et devoirs au titre de l'autorité parentale s'analyse comme l'exercice d'une capacité parentale. A l'inverse, l'exercice de l'administration légale fait appel à l'idée de pouvoir[1282]. La perte de l'exercice des prérogatives parentales regroupe alors la perte de l'exercice de l'autorité parentale et la perte de l'exercice de l'administration légale.

998. Si la perte de l'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire la perte de la capacité d'exercer l'autorité parentale reconnue en principe à tout individu, même civilement incapable, n'est pas propre à la situation dans laquelle le ou les parents sont civilement incapables, elle peut répondre aux difficultés rencontrées. De même, la perte de l'exercice de l'administration légale, c'est-à-dire la perte du pouvoir d'exercer l'administration légale, peut concerner le ou les parents civilement incapables. Il faut ainsi distinguer la perte de l'exercice de l'autorité parentale (Section 1) et celle du pouvoir d'exercer l'administration légale (Section 2).

Section 1 : La perte de l'exercice de l'autorité parentale

999. Plusieurs mesures ont pour effet de priver le ou les parents de l'exercice de l'autorité parentale. Tel est par exemple le cas de la délégation forcée de l'autorité parentale envisagée par l'article 377 al. 2 du Code civil, qui permet au particulier, à l'établissement ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui ont recueilli l'enfant de saisir le juge

[1282] *Cf. supra* § 631 s.

afin de se faire déléguer l'exercice de l'autorité parentale, totalement ou partiellement, en cas de désintérêt manifeste des parents, ou lorsqu'ils sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale[1283]. Cette possibilité de déléguer l'autorité parentale pour mieux assurer la protection de l'enfant a déjà été étudiée dans le cadre du partage de l'exercice de l'autorité parentale[1284].

1000. Surtout, la perte de l'exercice de l'autorité parentale est envisagée à l'article 373 du Code civil, aux termes duquel « 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 »[1285].

1001. L'article 373 du Code civil est une disposition importante mais méconnue, aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine. Il est utile d'envisager sa mise en œuvre lorsque le ou les parents sont incapables (§ 1) et d'étudier en quoi la perte de l'exercice de l'autorité parentale permet d'assurer la protection de l'enfant de l'incapable (§ 2).

§ 1. La mise en œuvre de l'article 373 du Code civil lorsque le parent est incapable

1002. La mise en œuvre de l'article 373 du Code civil lorsque le ou les parents sont incapables soulève des difficultés quant à la cause de la perte de l'exercice de l'autorité parentale (A) et quant à l'automaticité de cette perte (B).

A) La cause de la perte de l'exercice de l'autorité parentale

1003. Il faut tout d'abord rappeler ici que l'incapacité civile du ou des parents ne leur fait pas perdre à elle seule l'exercice de l'autorité parentale (1). Les parents mineurs et majeurs sous tutelle ou curatelle peuvent cependant être concernés par la véritable cause de la

[1283] *Cf. supra* § 774 s., pour la délégation partielle.
[1284] Certes, les effets de la délégation de la totalité de l'autorité parentale sont par essence différents de ceux de la délégation partielle, en ce que seul le tiers est alors chargé de la protection de l'enfant, mais les causes en sont identiques.
[1285] Il convient de remarquer que l'idée de perte était même expressément affirmée avant la réforme de 2002. l'article 373 disposait alors que « *Perd* l'autorité parentale ou en est provisoirement privé…. ». Si la nouvelle loi a adopté une nouvelle terminologie, elle n'a pas changé la finalité de la mesure.

perte de l'exercice de l'autorité parentale, qui réside dans l'impossibilité de manifester sa volonté (2).

1. L'indifférence à l'incapacité civile

1004. L'incapacité envisagée par l'article 373 du Code civil n'est pas l'incapacité civile[1286]. La mise en œuvre de l'article 373 du Code civil, c'est-à-dire la perte de l'exercice de l'autorité parentale, n'est pas une conséquence du placement sous un régime de protection des incapables.

1005. La doctrine relève cette absence d'automatisme[1287], faisant ainsi écho à une jurisprudence constante. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal d'instance de Saint Omer, dans sa décision souvent citée du 3 mai 1989[1288] ou encore la Cour d'appel Paris, qui a énoncé dans un arrêt du 17 janvier 1991[1289] que « la décision d'ouverture de la tutelle ne porte que sur les biens (…) ; elle ne prive pas automatiquement celui qui y est soumis de l'exercice de l'autorité parentale ». De même, la Cour d'appel d'Aix en Provence, dans un arrêt du 4 septembre 1998[1290], a considéré que l'article 373 ne s'appliquait pas, alors que le père était sous curatelle, au motif que le placement sous ce régime de protection est « un fait insuffisant à faire considérer que celui-ci est inapte à assumer ses responsabilités parentales ». De même encore, dans un arrêt du 3 juin 1999[1291], la Cour d'appel de Paris ne s'est pas fondée sur la l'incapacité civile du père placé sous tutelle pour appliquer l'article 373 du Code civil, mais sur l'incompatibilité de l'état physique du père avec l'exercice des droits et devoirs qui découlent de l'autorité parentale.

1006. Ainsi, l'incapacité est envisagée par l'article 373 du Code civil seulement comme une cause de l'impossibilité pour le parent de manifester sa volonté, au même titre que l'absence ou toute autre cause.

[1286] Sur cette question, *cf. supra* § 575 s.
[1287] Th. Fossier, « Tutelle. Condition du majeur en tutelle », *J-Cl. civ.*, art. 488 à 514, Fasc. 24, 2001, n° 43 ; H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 293 ; Voir *contra* pour le majeur sous tutelle : A. Raison, « Le statut des mineurs et des majeurs protégés », LJNA, 4e éd., 1989, n° 48 p. 35.
[1288] TI St Omer, 3 mai 1989 : *JCP* G 1990, II, 21514, note Th. Fossier.
[1289] CA Paris, 14e ch., section C, 17 janvier 1991 : Juris-Data n° 020158.
[1290] CA Aix en Provence, 6e ch., A, 4 sept. 1998, Juris-Data n° 043425. Voir aussi les jurisprudences citées *supra* § 588 s.
[1291] CA Paris, 24e ch., section D, 3 juin 1999, Juris-Data 024886.

1007. La véritable cause de la perte de l'exercice de l'autorité parentale réside dans cette impossibilité de manifester sa volonté. La mise en œuvre de l'article 373 pour protéger l'enfant de l'incapable implique alors d'établir le lien entre cette impossibilité de manifester sa volonté et l'incapacité civile.

2. L'impossibilité de manifester sa volonté

1008. Aux termes de l'article 373 du Code civil, la cause de la perte de l'exercice de l'autorité parentale réside dans l'impossibilité pour le père ou la mère de manifester sa volonté. Cet état peut lui-même avoir notamment pour cause leur incapacité ou leur absence. Ces situations ne conduisent à la perte de l'exercice de l'autorité parentale que si elles rendent l'individu hors d'état de manifester sa volonté. Autrement dit, la cause directe et essentielle à l'application de cette disposition réside dans le fait, pour le parent concerné, d'être hors d'état de manifester sa volonté[1292].

1009. Pour l'application de l'article 373 du Code civil, l'impossibilité de manifester sa volonté pendant une courte durée ne suffit pas. Un déplacement temporaire dans le cadre professionnel de l'un des parents par exemple, qui l'empêche d'exprimer sa volonté pour la prise de décision au quotidien de l'enfant, ne saurait à l'évidence le priver de l'exercice de l'autorité parentale. De la même façon, un simple étourdissement ne suffit pas à caractériser une impossibilité de manifester sa volonté et donc à faire perdre l'exercice de l'autorité parentale[1293]. Il est nécessaire que le parent concerné ne soit réellement pas en mesure d'exercer ses prérogatives. La perte de l'exercice de l'autorité parentale prenant fin dès que les père et mère sont à nouveau en état de manifester leur volonté, il importe de ne pas instaurer une instabilité en matière d'exercice de l'autorité parentale. Le jeu des présomptions d'accords pour les actes usuels suffit à pallier les défaillances ponctuelles.

1010. L'impossibilité de manifester sa volonté peut notamment résulter de l'altération des facultés. Les causes du placement sous un régime de protection d'un majeur incapable peuvent donc correspondre à la cause de la perte de l'exercice de l'autorité parentale. Lorsque

---

[1292] J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 2004, n° 416, p. 853-854, parle de « force majeure atteignant l'un des parents ».

[1293] R. Legeais, *L'autorité parentale, Etude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Defrénois, 1973, n° 101, s'interroge cependant sur la possibilité de se satisfaire d'une impossibilité de manifester sa volonté pendant une courte durée, et qui semble l'admettre dans l'hypothèse d'application du système aux manifestations de volonté témoignant de graves perturbations de leur auteur.

le parent mineur est concerné par cette mesure de perte de l'exercice de l'autorité parentale, ce n'est pas pour les causes de son incapacité, c'est-à-dire son jeune âge, mais ce peut être pour l'altération de ses facultés. C'est d'ailleurs ce qu'exprime le législateur à l'article 373 du Code civil lorsqu'il envisage parmi les causes de l'impossibilité des père et mère à manifester leur volonté, l'incapacité de ceux-ci. L'incapacité dont il est ici question ne désigne pas l'incapacité civile, mais l'incapacité naturelle[1294]. La perte de l'exercice de l'autorité parentale lorsque le parent est hors d'état de manifester sa volonté peut donc être fondée sur la preuve de son impossibilité à consentir à un acte juridique du fait d'une qualité inhérente à sa personne.

1011. Ainsi, l'article 373 du Code civil peut être mis en œuvre lorsque le parent est civilement incapable, sans toutefois que l'effet soit automatique. Il faut rapporter la preuve que le parent concerné est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ce fait n'étant jamais présumé, même s'il est placé sous un régime de protection continue.

1012. Cette absence d'effet automatique de l'incapacité civile du ou des parents pour la mise en œuvre de l'article 373 du Code civil doit cependant être confrontée à l'automaticité de la perte de l'exercice de l'autorité parentale lorsque le parent concerné est hors d'état de manifester sa volonté.

B) L'automaticité de la perte de l'exercice de l'autorité parentale

1013. La jurisprudence et la doctrine majoritaire s'accordent à dire que l'article 373 du Code civil prévoit une perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale lorsque le parent concerné est hors d'état de manifester sa volonté (1). Cet effet automatique de l'impossibilité à manifester sa volonté est cependant source de difficultés (2).

1. L'effet automatique de l'impossibilité à manifester sa volonté

1014. Le conseiller Jacques Massip n'hésite pas à affirmer que l'article 373 du Code civil est sans équivoque : « rédigé au présent, donc en termes impératifs, il implique que la perte de l'exercice de l'autorité parentale découle de l'existence d'une des situations visées

[1294] *Cf.* 1re partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

par le texte, par le seul effet de la loi. Une décision du juge civil n'est pas nécessaire pour concrétiser cette perte »[1295]. Cette solution était d'ailleurs celle voulue par le législateur lors du vote de la loi du 4 juin 1970[1296].

1015. La doctrine dans son ensemble adopte cette conception[1297]. La jurisprudence a également retenu le jeu de plein droit de l'article 373 du Code civil[1298]. D'ailleurs, ni le Code civil, ni les articles 1179 à 1180-3 du Code de procédure civile relatifs à l'exercice de l'autorité parentale ne prévoient d'intervention judiciaire préalable[1299]. La perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale paraît être « indubitable »[1300].

1016. Ce principe de la perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale dès lors que le parent concerné est hors d'état de manifester sa volonté revient à présumer, pour tout parent dans cette situation, de son impossibilité à exercer l'autorité parentale. Parler d'effet automatique conduit alors à s'interroger sur les modalités de preuve des conditions de mise en œuvre de la disposition. La présomption ne peut porter que sur les effets de l'impossibilité à manifester sa volonté et non sur l'existence de cette cause de perte de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, en cas de contestation, la preuve de l'impossibilité du parent concerné à manifester sa volonté doit être rapportée. Cet état ne saurait être présumé, même pour les parents civilement incapables. La particularité du système consiste en ce qu'ici, en l'absence de contestation, l'article 373 du Code civil peut jouer sans l'intervention d'aucun juge. En d'autres termes, si personne ne le conteste, l'autre parent en état de manifester sa volonté peut décider d'exercer seul l'autorité parentale et agir comme tel. La cause de la perte de l'exercice

---

[1295] J. Massip, obs. sous Cass. crim., 4 décembre 1984, *Defrénois* 1985, art. 33535, n° 41 p. 705.

[1296] CF. A. Tisserand, rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale, JO AN, Déb., du 9 avril 1970, p. 863 ; Rapport de L. Jozeau-Marigné devant la commission des lois du Sénat, Doc. parl. 1969-1970, n° 197, p. 43 (à propos de l'automatisme de la dévolution prévue à l'article 373-1 du Code civil).

[1297] Voir notamment R. Legeais, *L'autorité parentale, Etude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Defrénois, 1973, n° 97 ; C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron. p. 1, spéc. n° 72 et s. ; J. Carbonnier, *op. cit.*, vol. 1, n° 416, p. 853 ; G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8e éd., 2003, n° 82 ; C. Neirinck, « Autorité parentale, Retrait », *J.-Cl. civ.* art. 371 à 387, fasc. 40, 2005, n° 52 et 53 ; C. Neirinck, *La protection de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984, T. 182, n° 360.

[1298] Voir pour un exemple suite à la détention du père pour une durée indéterminée pour des faits ayant entraîné le décès de la mère : Cass. 1re civ., 18 octobre 1978 : *Bull. civ.* I, n° 312. Voir également Cass. 1re civ., 8 novembre 1982 : *Bull. civ.* I, n° 323 ; *Defrénois* 1983, art. 33082, n° 47, obs. J. Massip, où la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si le père, en raison de sa détention, n'était pas hors d'état de manifester sa volonté, ce qui aurait eu pour effet de le priver de plein droit de l'exercice de l'autorité parentale

[1299] En ce sens, M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd., 1999, p. 142.

[1300] M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n° 379.

de l'autorité parentale, qui affecte le parent concerné par la mesure, ne fait l'objet d'une vérification que si elle est contestée. La preuve de cet état peut alors être rapportée par tout moyen, s'agissant d'un fait juridique[1301].

1017. Cette solution peut surprendre. Elle introduit un risque de prise de pouvoir injustifiée par l'un des parents, risque d'autant plus important lorsque l'autre parent est majeur incapable, révélant les inconvénients de l'effet automatique de l'impossibilité de manifester sa volonté pour la perte de l'exercice de l'autorité parentale.

2. Les inconvénients de l'effet automatique

1018. Il apparaît que l'intervention d'un juge serait souhaitable, afin de constater l'état du parent désigné comme étant hors d'état de manifester sa volonté, et ainsi prononcer la perte de l'exercice de l'autorité parentale. L'automacité de cette perte doit seulement signifier l'effet automatique de l'impossibilité à manifester sa volonté, et non une absence de contrôle judiciaire sur l'existence de cette impossibilité pour le parent concerné. Autrement dit, l'article 373 du Code civil doit seulement se lire comme instaurant un lien direct entre la perte de prérogatives et l'altération des facultés privant le parent de son aptitude à manifester sa volonté, et comme refusant d'établir un tel lien entre la perte de l'exercice de l'autorité parentale et l'incapacité civile de ce parent. Il ne faut pas en déduire une existence autonome de la perte de l'exercice de l'autorité parentale, en marge de toute autorité juridictionnelle. Le contrôle du juge est nécessaire, avant tout conflit, pour éviter que des décisions irrévocables, notamment en matière de santé, soient prises par l'un des parents qui aurait apprécié seul l'impossibilité de manifester sa volonté de l'autre parent, ou à l'inverse par le parent hors d'état de manifester sa volonté[1302].

1019. En ce sens, pour certains auteurs, l'importance des effets de la mesure, notamment dans l'hypothèse d'un parent incapable, exige une intervention judiciaire, tel que par exemple « inviter le juge de l'incapable majeur (…) à préciser le régime applicable au parent concerné »[1303]. Tout en admettant le caractère automatique de la perte lorsque le parent

[1301] Article 1341 du Code civil. *Cf.* Cass. civ., 24 décembre 1919 : *DP* 1920, 1, 12 ; Cass. 1re civ., 27 avril 1977 : *D*. 1977, jurisp. p. 413, note C. Gaury.
[1302] Sur la difficulté à revenir sur les décisions prises par un tel parent, *cf. infra* § 1041 s.
[1303] M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 143 ; Pour le Doyen Carbonnier, *op. cit.*, vol. 1, n° 416, p. 853, la dévolution a lieu de plein droit à l'autre parent, sauf décision contraire du tribunal.

concerné est hors d'état de manifester sa volonté, il reste à déterminer l'organe compétent pour constater le respect des conditions de mise en œuvre de l'article 373 du Code civil. Si l'impossibilité de manifester sa volonté suffit à faire perdre l'exercice de l'autorité parentale à celui qui en est affecté, il faut en effet s'interroger sur les modalités de constatation de cet état. Il apparaît dès lors que la perte de l'exercice de l'autorité parentale n'est constatée que lorsqu'un problème survient quant à cet exercice. Tel sera le cas lorsque le parent qui a perdu ses prérogatives souhaite prendre une décision au titre de l'autorité parentale ou, à l'inverse, lorsque l'autre parent, qui aux termes de l'article 373-1 du Code civil a bénéficié de la dévolution automatique, envisage de prendre une décision soumise en principe au consentement des deux parents, sans l'accord de celui hors d'état de manifester sa volonté. En la matière, le Professeur Hugues Fulchiron, en écartant tout effet direct de l'incapacité civile de l'un des parents pour l'application de l'article 373 du Code civil, retient que « le père ou la mère qui aurait besoin de prouver qu'il exerce seul l'autorité parentale doit faire constater par le juge des tutelles que l'autre parent est hors d'état de manifester sa volonté »[1304]. La compétence du juge aux affaires familiales semble cependant devoir être retenue, en application de l'article L. 312-1-2e du Code de l'organisation judiciaire, qui dévolue à cette juridiction toutes les actions relatives à l'exercice de l'autorité parentale[1305].

1020. Le caractère automatique de la perte de l'exercice de l'autorité parentale pour impossibilité de manifester sa volonté peut donc paraître critiquable, au regard de l'importance des effets engendrés. L'autre parent se trouve automatiquement[1306] investi de l'autorité parentale en son entier[1307]. Et si les deux parents sont hors d'état de manifester leur volonté, une tutelle doit être ouverte[1308]. Cependant, la justification de cette automaticité en est l'avantage indéniable qu'elle apporte à l'exercice des prérogatives parentales : l'effet de plein droit de l'impossibilité de manifester sa volonté pour l'un des parents ou pour les deux permet d'éviter tout blocage, et ainsi de prendre sans retard les décisions nécessaires à la

[1304] H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, août 2004, n° 293.
[1305] Voir également sur ce point J. Massip, obs. sous Cass. 1re civ., 8 novembre 1982, préc.
[1306] Voir déjà en ce sens avant la réforme de 1970 : Cass. civ., 13 août 1884 : *DP* 1885, 1, p. 40 ; Cass. Req., 16 décembre 1930 : *DH* 1931, p. 34 ; *S.* 1931, 1 ; p. 207 ; *Rev. crit. DIP* 1932, p. 404, note R. Savatier. Pour une critique de cette automacité, voir H. Fulchiron, « L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents », *JCP* G 1990, I, 3462 ; F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, chron. p. 1571, n° 9. Voir également M. Brazier, « L'autorité parentale, Commentaire de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 », *JCP* G 1970, I, 2362, n° 91, pour qui « la dévolution ne peut résulter que d'un jugement, sauf celle prévue à la suite du décès d'un ou des parents et celle résultant d'une condamnation pour abandon de famille ».
[1307] Article 373-1 du Code civil. Voir sur ce point D. Lange, « Le conjoint de l'aliéné », *RTD civ.* 1984, p. 33, spéc. n° 34 et s.
[1308] Articles 390 et 373 du Code civil.

protection de l'enfant. Cette idée est d'autant plus forte que ce type de blocage ne survient par hypothèse que pour les actes les plus graves, pour lesquels le consentement des deux parents est requis.

1021. Après avoir précisé en quoi la perte de l'exercice de l'autorité parentale peut concerner le parent incapable, il convient d'étudier les effets de cette mesure pour comprendre de quelle façon elle participe à la protection de l'enfant de l'incapable.

§ 2. Les effets de la perte de l'exercice de l'autorité parentale du parent incapable

1022. La perte de l'exercice de l'autorité parentale prévue à l'article 373 du Code civil répond avant tout au souci de protection de l'enfant. Il s'agit de s'assurer que tout parent qui exerce l'autorité parentale est en état de manifester sa volonté, sans cependant mettre totalement fin aux relations d'un tel parent avec son enfant (A). Pour autant, il apparaît que les modalités d'exercice de l'autorité parentale à la suite de l'application de l'article 373 peuvent parfois ne pas permettre d'assurer cette protection de l'enfant (B).

A) Les effets de la perte de l'exercice de l'autorité parentale pour l'enfant de l'incapable

1023. La perte de l'exercice de l'autorité parentale prévue à l'article 373 du Code civil ne se limite pas à la personne de l'enfant. Elle donne également lieu à la perte de l'administration légale, du fait du lien existant entre les deux types de prérogatives. Par suite, la protection de l'enfant assurée par la perte de l'exercice de l'autorité parentale concerne autant sa personne que son patrimoine. C'est une protection générale de l'enfant qui est recherchée (1). L'application de l'article 373 du Code civil ne doit cependant pas aller à l'encontre du droit de l'enfant au maintien de ses relations avec ses deux parents : s'il faut être en état de manifester sa volonté pour exercer l'autorité parentale, cette aptitude n'est pas exigée pour conserver des relations avec son enfant (2).

1. Une protection générale de l'enfant

1024. L'administration légale appartient à celui qui exerce l'autorité parentale[1309]. La perte de l'exercice de l'autorité parentale entraîne également la perte de l'administration légale. Lorsque l'intéressé est seul à exercer l'administration légale ou lorsque les deux parents sont concernés, la mise en œuvre de la mesure de l'article 373 peut ainsi conduire à ce qu'une tutelle complète soit ouverte[1310].

1025. La protection de l'enfant est assurée par le changement automatique des personnes chargées d'assurer sa protection, dès lors qu'elles ne sont plus en mesure d'assumer leur mission. Cette protection recherchée implique de ne confier la mission de protéger la personne et les biens de l'enfant qu'aux parents en état de manifester leur volonté. Le parent hors d'état de manifester sa volonté est présumé inapte à exercer l'autorité parentale, ce qui entraîne sa perte, afin de protéger l'enfant contre ce que ce parent pourrait faire, ou ne pas faire, en exerçant ses prérogatives. Ce parent n'est pas représenté dans l'exercice de ses prérogatives : elles sont seulement dévolues à l'autre parent, dans l'intérêt de l'enfant. L'enfant apparaît ici protégé contre son parent hors d'état de manifester sa volonté : l'exercice de l'autorité parentale n'est confié aux parents que s'ils sont aptes à prendre les décisions nécessaires à la protection de l'enfant.

1026. La perte de l'exercice de l'autorité parentale prévue à l'article 373 du Code civil révèle sa spécificité en ce qu'elle assure la protection de l'enfant contre son parent incapable hors d'état de manifester sa volonté, sans instaurer de nouveau régime. D'autres dispositions doivent être mises en œuvre pour tirer les conséquences nécessaires de la perte de leurs prérogatives par le ou les parents et permettre une continuité dans la protection de la personne et des biens de l'enfant. Tel est l'objet des articles 390 et 391 du Code civil[1311].

1027. La recherche d'une protection efficace de l'enfant paraît difficilement contestable. Toutefois, ce souci ne doit pas conduire à porter atteinte aux droits de l'enfant au maintien de ses relations avec ses deux parents.

[1309] Articles 383 et 389 du Code civil.
[1310] Articles 373-5 et 390 du Code civil.
[1311] Sur ces mesures, *cf. infra* § 1083 s.

2. Le droit de l'enfant au maintien de ses relations avec ses parents

1028. L'existence d'une idée de protection de l'enfant par la perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale dès lors que le parent est hors d'état de manifester sa volonté n'est pas contraire au droit de l'enfant au maintien de ses relations avec ses deux parents. En effet, comme le relève le conseiller Jacques Massip, « l'enfant ne doit pas être privé d'une relation parentale qui lui est en principe nécessaire – donc sanctionné, puni, par la faute d'un de ses parents »[1312]. En d'autres termes, s'il est possible d'assurer la protection de l'enfant en privant les parents de leurs prérogatives, il ne faut pas aller jusqu'à interdire à l'enfant toute relation avec eux. La perte de l'exercice de l'autorité parentale ne met en aucun cas fin au lien parental et donc aux relations de l'enfant avec ses père et mère.

1029. En ce sens, l'article 373-2-1 du Code civil énonce que l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé au parent qui n'exerce pas l'autorité parentale que pour des motifs graves. Certes, la jurisprudence a déjà estimé que la fragilité mentale ou l'irresponsabilité du père pouvait permettre de caractériser ce motif grave[1313], mais l'essentiel réside dans le fait que la situation comporte un danger pour l'enfant[1314]. L'impossibilité de manifester sa volonté ne suffit pas à caractériser ce danger et donc à interdire tout contact de l'enfant avec le parent privé de ses facultés, et ce d'autant plus que le droit de visite peut s'exercer chez un tiers ou dans un point rencontre[1315]. Le juge doit ainsi, en principe, organiser un droit de visite et d'hébergement au profit du parent hors d'état de manifester sa volonté et privé en conséquence de l'exercice de l'autorité parentale[1316].

1030. Le préambule de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'enfant[1317] rappelle d'ailleurs 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 »[1318]. De même l'article 9-1 de la Convention énonce que « les Etats parties

---

[1312] J. Massip, obs. sous Cass. crim., 4 décembre 1984 : *Defrénois* 1985, art. 33535, n° 41, p. 706.
[1313] CA Dijon, 21 janvier 1994 : *RTD civ.* 1994, n° 26, p. 846, obs. J. Hauser. En l'espèce, un python était présent au domicile du père.
[1314] En ce sens, Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille*, Defrénois, 2004, n° 1288.
[1315] Sur la difficulté à mettre en place un droit de visite au bénéfice d'un parent incapable, voir *supra* § 973 et les références citées.
[1316] En ce sens, V. Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, PUAM, 2002, n° 1080, p. 526.
[1317] CIDE du 20 novembre 1989.
[1318] Voir sur ce point A. Hardy, J. Bourserie, D. Delbard, « La convention internationale des droits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français », *RRJ* 2001, p. 907.

veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant », ce qui aux termes de la Convention peut être le cas dans l'hypothèse de maltraitance ou de négligence, et l'article 9-3 précise que « les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Or la Cour de cassation reconnaît désormais à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant une applicabilité directe devant les juridictions internes. En effet, par trois décisions rendues le 18 mai (2 arrêts) et le 14 juin 2005[1319], la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence *Le jeune* du 10 mars 1993[1320] et s'est ralliée à la position du Conseil d'Etat[1321].

1031. Ainsi, l'intérêt de l'enfant est d'avoir des relations avec ses deux parents, à la condition que celles-ci soient paisibles : elles ne doivent justement pas être contraires à son intérêt. La Convention de New-York envisage elle-même la possibilité de séparer l'enfant de ses parents lorsque ceux-ci n'assument pas leur mission de protection, l'idée étant toujours de répondre à l'intérêt de l'enfant.

1032. La perte de l'exercice de l'autorité parentale par le parent incapable hors d'état de manifester sa volonté répond au souci de sa protection sans porter *a priori* atteinte à son droit de maintenir des relations avec ses deux parents. L'étude des modalités d'exercice de l'autorité parentale à la suite de l'application de l'article 373 du Code civil conduit cependant à émettre certaines réserves.

[1319] *JCP* G 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *JCP* G 2005, II, 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *D*. 2005, jurisp. p. 1909, note V. Egea ; *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 2005, comm. n° 156, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ*. 2005, p. 583 et 585, obs. J. Hauser ; *AJ famille* 2005, n° 7-8, p. 274, obs. Th. Fossier.

[1320] Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : JCP G 1993, I, 3688, n° 4, obs. J. Rubellin-Devichi ; D. 1993, jurisp. p. 361, note J. Massip ; RD sanit. soc. 1993, p. 533, note F. Monéger ; RTD civ. 1993, n° 25, p. 341 et n° 22, p. 572, obs. J. Hauser ; Rev. crit. DIP 1993, p. 449, note P. Lagarde ; D. 1994, somm. p. 34, obs. F. Dekeuwer-Défossez.

[1321] CE, 22 septembre 1997, Dlle Cinar : JCP G 1998, I, 101, n° 5-2, obs. Th. Fossier.

B) L'exercice de l'autorité parentale à la suite de l'application de l'article 373 du Code civil

1033. L'application de l'article 373 du Code civil ne conduit à priver le parent hors d'état de manifester sa volonté que de l'exercice de l'autorité parentale. Il en conserve la titularité et les prérogatives qui y sont attachées (1). L'automaticité de la mesure soulève cependant une difficulté quant à la sanction à apporter aux actes effectués par le parent hors d'état de manifester sa volonté (2).

1. Les prérogatives conservées par le parent incapable

1034. De prime abord, la mesure de l'article 373 du Code civil paraît poursuivre une idée de sanction du ou des parents. En effet, en se fondant sur l'état de leurs facultés, la perte de l'exercice de l'autorité parentale prend en compte une défaillance parentale, même si cette défaillance n'est pas intentionnelle. De même, la mesure a pour finalité de priver le ou les parents de l'exercice de leurs prérogatives. La protection de l'enfant passe indirectement par une forme de sanction du ou des parents, en ce qu'elle porte atteinte à leurs droits.

1035. Toutefois, l'idée de sanction doit être rejetée. La perte de l'exercice de l'autorité parentale envisagée par l'article 373 du Code civil n'est pas véritablement fondée sur une défaillance parentale, mais plutôt sur une inaptitude. L'idée de sanction, envisagée avant la réforme de 2002 par le 3e de l'article 373 du Code civil en cas de condamnation pour abandon de famille[1322], a d'ailleurs été supprimée. L'impossibilité de manifester sa volonté pour le parent concerné n'induit pas un comportement intentionnel. Surtout, l'article 373 du Code civil ne peut empêcher une personne de perdre l'usage de ses facultés mentales, ni le contraindre à manifester sa volonté s'il n'est plus en état de le faire. L'intérêt de l'article 373 ne peut être que d'assurer un bon exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire de protéger l'enfant. Certes, cette protection est assurée contre son parent incapable, puisqu'il s'agit de priver ce dernier de ses prérogatives. La perte de l'exercice de l'autorité parentale ne poursuit cependant pas d'idée de sanction. La meilleure illustration se trouve dans la restitution automatique de ses prérogatives au parent qui retrouve l'usage de ses facultés, c'est-à-dire qui est à nouveau en état de manifester sa volonté.

[1322] En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les incapacités, La famille, L'enfant, Le couple,* vol. 1, PUF, Coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004, n° 416, p. 854.

1036. En ce sens, il convient de noter que la mise en œuvre de l'article 373 du Code civil laisse au parent privé de l'exercice de l'autorité parentale certaines prérogatives attachées à la titularité de l'autorité parentale. Il s'agit du droit de consentir au mariage[1323], à l'adoption[1324] et à l'émancipation du mineur[1325]. Le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale doit également consentir au changement de nom de son enfant mineur[1326]. Tous sont des droits fondamentaux, de l'essence même de la paternité et de la maternité. Le Doyen Carbonnier[1327] parle à ce sujet « d'une autorité suprême, qui s'exprime solennellement, dans des actes on ne peut plus graves, puisque ce sont des actes d'abdication, de renonciation à elle-même ». Il lui oppose « l'autorité parentale spontanée et diffuse », qui constitue ici l'objet de la perte[1328]. Plus généralement, le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale reste titulaire d'un droit de surveillance sur l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être informé des choix importants relatifs à sa vie[1329].

1037. Ainsi, la perte de l'exercice de l'autorité parentale ne vise qu'à répondre au plus vite au besoin de protection de l'enfant au quotidien. Les décisions importantes restent de la compétence du ou des parents privés de l'exercice de l'autorité parentale, non sans ambiguïté il est vrai, puisqu'ils doivent également pour ce type d'acte être en état de manifester leur volonté. Il n'empêche que la perte ne porte que sur l'exercice de l'autorité parentale et laisse théoriquement aux parents les prérogatives les plus importantes, révélant que l'essentiel n'est pas de sanctionner les parents hors d'état de manifester leur volonté en les privant le plus rapidement possible de toutes leurs prérogatives, mais au contraire de protéger l'enfant en s'assurant du bon exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire de l'aptitude des parents à l'exercer au quotidien.

1038. Il apparaît que la perte de l'exercice de l'autorité parentale protège le parent concerné en ce qu'elle le libère de la charge que représente l'autorité parentale. S'il ne peut

[1323] Article 148 du Code civil.
[1324] Article 348 du Code civil.
[1325] Article 477 al. 3 du Code civil. Cette dernière prérogative est pourtant limitée en cas d'assistance éducative, puisqu'aux termes de l'article 375-7 al. 1 du Code civil, l'émancipation ne peut alors avoir lieu sans autorisation du juge des enfants.
[1326] CE, 27 juillet 2005 : *RJPF* 2005-11/17, note S. Valory.
[1327] J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, L'enfant, Le couple*, T. 2, PUF, 19e éd., 1998, n° 183 p. 247.
[1328] *Cf.* C. Neirinck, *in J.-Cl. civ.*, art. 371 à 387, « Autorité parentale, Délégation », Fasc. 30, 2004, n° 102 et 103, qui distingue les prérogatives exceptionnelles que sont le consentement au mariage, à l'adoption et à l'émancipation, des attributs usuels traditionnels supprimés par le législateur de 2002 que sont la garde, la surveillance et l'éducation.
[1329] Article 373-2-1 al. 3 du Code civil.

plus exercer ses droits parentaux, il n'est pas non plus tenu par ses devoirs[1330]. Par suite, le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ne peut être déclaré civilement responsable sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil. L'article 373 du Code civil participe ainsi d'une idée de protection du parent hors d'état de manifester sa volonté. Il faut le priver de ses prérogatives pour éviter qu'il ne prenne de mauvaises décisions ou qu'il s'abstienne dans une hypothèse où il aurait dû se prononcer, favorisant le fait dommageable de l'enfant et donc la mise en jeu de la responsabilité parentale. De même, s'il n'est plus administrateur légal de son enfant, et ce de plein droit en application des articles 373 et 389 combinés du Code civil, il ne peut pas non plus être responsable pour un acte causant un préjudice au mineur sur le fondement de l'article 389-5 al. 4 du Code civil. Plus généralement, et indépendamment d'une éventuelle erreur que le parent pourrait faire, la perte de l'exercice de l'autorité parentale protège le parent fragile en l'allégeant de certains risques liés à la qualité de père et mère.

1039. Ainsi, le parent incapable même hors d'état de manifester sa volonté conserve certaines prérogatives, afin de concilier l'impératif de protection de l'enfant et le respect des prérogatives parentales. Le système achoppe cependant sur la sanction à apporter aux prérogatives exercées par le parent hors d'état de manifester sa volonté et privé de l'exercice de l'autorité parentale.

2. Les prérogatives perdues par le parent incapable

1040. Le parent concerné par la mesure ne peut plus prétendre à l'exercice de ses prérogatives tant qu'il n'a pas retrouvé l'usage de ses facultés. La difficulté tient cependant à ce que l'effet automatique de la perte de l'exercice de l'autorité parentale rend difficile la mise en œuvre de la dévolution à l'autre parent. Plus précisément, la date à laquelle l'autre parent peut décider seul des actes pour lesquels initialement l'accord des deux était requis, est

[1330] En ce sens, voir *Rénover le droit de la famille ; Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Défossez septembre 1999, p. 78 : « Pour responsabiliser les père et mère, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité, il convient aussi d'insister sur les pouvoirs qui leurs appartiennent pour mener à bien leur mission : il y a responsabilité parce qu'il y a autorité ». Voir également C. Radé, « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », in *L'autorité parentale en question*, Journées d'étude des 13 et 14 décembre 2001, LERADP, Presses universitaires du Septentrion 2003, p. 81-82, qui énonce que « la responsabilité civile des père et mère repose sur l'idée d'un risque de l'autorité assumé par les parents ».

incertaine. De même, si le parent hors d'état de manifester sa volonté prend une décision relative à la personne de l'enfant, il faut vérifier avec certitude qu'il n'exerce plus l'autorité parentale avant d'envisager la sanction à appliquer. L'effet automatique de la perte de l'exercice de l'autorité parentale est en pratique contrebalancé par la nécessité de l'intervention du juge pour prendre acte de cette perte en cas de contentieux.

1041. Une fois la perte de l'exercice de l'autorité parentale établie, il faut de plus envisager la sanction à apporter aux actes effectués en violation du nouveau mode d'exercice de l'autorité parentale tiré de l'application de l'article 373 du Code civil, c'est-à-dire lorsque le parent hors d'état de manifester sa volonté prend une décision qui concerne son enfant. Le recours à la nullité n'est pas évident. Certes, l'acte passé par le parent privé de sa capacité parentale doit *a priori* être annulé car il manque une condition essentielle à sa formation. Mais, d'un autre côté, une telle situation renvoie à l'idée de dépassement de pouvoir, dont la nature de la sanction donne lieu à discussion entre la nullité et l'inopposabilité[1331]. Il faut alors faire appel à la distinction essentielle opérée entre le pouvoir et la capacité[1332]. L'autorité parentale sur la personne renvoie à l'idée de capacité parentale. Son exercice par un parent privé de cette capacité doit donc donner lieu à la sanction habituelle qu'est la nullité. L'enfant est d'ailleurs protégé au mieux par cette solution : seul le parent qui peut manifester sa volonté peut prendre des décisions concernant son enfant, et aucun effet n'est reconnu aux décisions prises par le parent hors d'état de manifester sa volonté.

1042. Cette nullité, en revenant sur la décision prise par le parent hors d'état de manifester sa volonté et en la privant d'effet, protège à la fois l'enfant en assurant l'efficience de la perte de l'exercice de l'autorité parentale, et le parent concerné, en permettant de revenir sur une décision ou un acte qui pourrait engager sa responsabilité. Cependant, l'effet automatique de la perte de capacité parentale, c'est-à-dire en principe indépendamment de toute intervention du juge, conduit à s'interroger sur la possibilité de retenir la qualification d'inexistence[1333].

[1331] Voir sur ce point M. Falaise, « La sanction de l'acte irrégulier », *Petites affiches* n° 103, du 27 août 1997, p. 5, spéc. n° 16 et s.
[1332] *Cf.* 1re partie, Titre 2, Chapitre 2.
[1333] Pour une étude de la notion autour du rôle du juge, voir O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n° 45 et s. Voir également H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, Etude p. 119.

1043. Le sort de l'acte passé par un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 373 du Code civil remplit en effet *a priori* les critères de la notion d'inexistence telle que définie par les auteurs classiques[1334]. L'acte ainsi passé n'a que l'apparence d'un acte valable, puisque son auteur n'avait plus la capacité d'exercer ce droit. Surtout, l'effet automatique de l'article 373 conduit à ce que l'acte passé par le parent privé de ses prérogatives n'a théoriquement pas besoin du juge pour ne produire aucun effet. Lorsque le parent est hors d'état de manifester sa volonté au sens de l'article 373 du Code civil, tout acte passé par lui et relevant de l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne doit être considéré comme ne produisant aucun effet, sans qu'il soit besoin d'une décision du juge en ce sens. Cette absence de rôle du juge ne peut que renvoyer à la notion d'inexistence. En effet, le prononcé d'une nullité exige une intervention judiciaire, comme l'exprime le vieil adage « nullités de plein droit n'ont lieu en France » et comme le rappelle unanimement la doctrine contemporaine[1335] et la jurisprudence[1336].

1044. D'un autre côté, si l'intervention du juge n'est pas nécessaire pour priver d'effet l'acte passé, elle l'est pour constater que le parent est hors d'état de manifester sa volonté au sens de l'article 373 du Code civil. Une action reste donc indispensable, limitant ainsi l'intérêt de retenir la qualification d'inexistence. Cependant, l'effet automatique permet parfois il est vrai de se passer totalement du juge. Comme dans le cadre des effets de plein droit de l'article 502 du Code civil, une simple information de l'état du parent ayant passé l'acte peut suffire à ce que le cocontractant consente à considérer l'acte sans effet. La transposition des pratiques relatives aux articles 502 et 373 est cependant discutable, dans la mesure où il s'agit tout de même ici de s'assurer de la réalité d'une impossibilité pour le parent concerné de manifester sa volonté, et où les actes passés étant relatifs à la personne de l'enfant, il n'y aura pas toujours un cocontractant.

[1334] *Cf.* Introduction, et *cf.* H. Adida-Canac, art. préc.

[1335] Voir notamment A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 10e éd., 2005, n° 204 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, vol. 2, n° 1019 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations*, T. 2, *Le contrat*, Litec, 6e éd., 1998, n° 1014 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Coll. Précis, 9e éd., 2005, n° 390 ; J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 11e éd., 2004, n° 337 ; H., L., J., Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligation, théorie générale*, T. 2, vol. 1, 9e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 351 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, formation*, LGDJ, 2e éd., 1988, n° 739.

[1336] Voir déjà Cass. civ., 15 février 1854 : *DP* 1854, 1, 51 : « les nullités de plein droit ne sont pas reconnues par la loi : l'acte nul, même d'une nullité absolue et d'ordre public, n'en a pas moins effet tant qu'il n'a pas été annulé par les tribunaux ».

1045. Ces solutions se révèlent cependant trop théoriques. La nullité, comme l'inexistence, sont parfois impossible à obtenir, s'agissant d'actes relatifs à la personne de l'enfant dont les effets peuvent être définitifs. De plus, l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant conduit les père et mère à prendre des décisions qui ne relèvent pas toutes de la qualification d'actes juridiques et, souvent, il n'est pas possible de revenir sur l'acte effectué. Le fait, pour le parent pourtant hors d'état de manifester sa volonté, de conduire son enfant chez tel médecin a eu lieu et ne peut être annulé. D'autres solutions doivent être envisagées, pour ne pas rendre inefficace la perte de l'exercice de l'autorité parentale.

1046. L'intervention systématique du juge pour décider de la perte de l'exercice de l'autorité parentale paraît être la meilleure solution. Dans cette hypothèse, il peut en effet vérifier l'impossibilité pour le parent concerné de manifester sa volonté et donner une date à la perte de l'exercice de l'autorité parentale et à l'éventuelle dévolution à l'autre parent. Surtout, il est nécessaire de prévoir la publicité de cette décision, afin de pouvoir responsabiliser les tiers. La responsabilité du médecin ayant pratiqué un acte médical bénin sur l'enfant avec le consentement du parent pourtant privé de l'exercice de l'autorité parentale pourrait ainsi être recherchée, dès lors qu'il avait la possibilité de prendre connaissance du jugement ayant prononcé envers ce parent la perte de l'exercice de son autorité parentale[1337].

1047. Ainsi, le parent incapable hors d'état de manifester sa volonté est privé de l'exercice de l'autorité parentale, dans le souci de protéger l'enfant. *De lege ferenda*, afin de renforcer l'efficacité de la mesure notamment vis à vis des tiers, il paraît nécessaire de faire constater cette perte par le juge. L'intervention du juge est par ailleurs déjà prévue lorsque le parent perd l'exercice de l'administration légale.

[1337] *De lege lata*, la responsabilité du médecin a déjà été retenue pour « légèreté blâmable » alors qu'il avait procédé à la circoncision de l'enfant, acte médical grave, avec le consentement d'un seul parent : CA Paris, 1re ch. B, 29 sept. 2000 : *D.* 2001, jurisp. p. 1585, note C. Duvert.

Section 2 : La perte du pouvoir d'exercer l'administration légale

1048. La protection de l'enfant porte également sur son patrimoine. Cette mission est en principe exercée par les parents, dans le cadre le plus souvent de l'administration légale et parfois de la tutelle. Lorsque les parents ne sont plus en mesure d'assumer cette protection, ils perdent cette prérogative, ou plus exactement ce pouvoir.

1049. Il convient alors d'étudier en quoi le parent incapable peut être concerné par ce défaut de pouvoir (§ 1), puis de préciser comment ce système permet d'assurer la protection du patrimoine de l'enfant (§ 2).

§ 1. Le défaut de pouvoir du parent incapable

1050. Il faut avant tout rappeler que l'incapacité civile ne suffit pas en elle-même à priver le parent concerné de l'exercice de l'administration légale[1338]. Le parent mineur, mais aussi le parent majeur sous tutelle ou curatelle peut exercer ce pouvoir, même s'il est vrai dans ce dernier cas que l'existence du régime de protection permet de présumer l'impossibilité d'assumer les charges tutélaires ou d'exercer l'administration légale. Il est en effet toujours possible de rapporter la preuve de l'aptitude à exercer l'administration légale, sans faire appel à la restitution de capacité sur le fondement des articles 501 ou 511 du Code civil.

1051. En d'autres termes, la véritable cause de perte de l'exercice de l'administration légale ne réside pas dans l'incapacité civile des père et mère mais dans l'inaptitude qui peut être caractérisée chez eux (A). La spécificité de la situation du parent incapable apparaît également dans la sanction apportée aux actes passés malgré la perte de l'exercice de l'administration légale (B).

[1338] Sur ce point, voir *supra* § 639.

A) L'inaptitude, cause de la perte de pouvoir

1052. Deux types d'inaptitudes, dont le lien avec l'incapacité civile est plus ou moins distant, conduisent à ce que le parent qui en est affecté perde le pouvoir d'exercer l'administration légale. L'inaptitude à manifester sa volonté fonde l'absence de pouvoir consécutive à la perte de l'exercice de l'autorité parentale (1) et l'inaptitude à gérer le patrimoine de l'enfant peut être prise en compte par le juge des tutelles pour décider de priver le ou les parents de leur pouvoir (2).

1. L'inaptitude à manifester sa volonté

1053. L'administration légale est liée à l'autorité parentale[1339]. C'est pourquoi la mise en œuvre de l'article 373 du Code civil prive également le parent concerné de l'exercice de l'administration légale. L'article 389-2 du Code civil prescrit en ce cas le placement de l'administration légale sous le contrôle du juge des tutelles. Et lorsque les deux parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale, l'application de l'article 390 du Code civil conduit à l'ouverture d'une tutelle. Alors qu'il faut parler d'effet « nuancé » de l'incapacité civile sur l'administration légale pour faire état de la possibilité pour le parent mineur d'exercer ce pouvoir et du caractère simple de la présomption privant le parent majeur sous tutelle ou curatelle de cette prérogative, il faut admettre l'existence d'un lien entre la perte de l'exercice de l'autorité parentale et la perte de l'administration légale.

1054. L'article 373 du Code civil prive automatiquement le parent hors d'état de manifester sa volonté de l'exercice de l'autorité parentale. En application des articles 383 et 389 du Code civil qui réservent la qualité d'administrateur légal à celui qui exerce l'autorité parentale, la mise en œuvre de l'article 373 prive donc le parent hors d'état de manifester sa volonté de tout pouvoir sur le patrimoine de son enfant. Dans cette hypothèse, la perte de l'administration légale est aussi automatique, ce qui soulève les mêmes difficultés[1340].

1055. En réalité, ce n'est pas la perte de l'exercice de l'autorité parentale qui est à l'origine de la perte de pouvoir. La perte de l'exercice de l'autorité parentale et l'absence de pouvoir d'exercer l'administration légale partagent ont uniquement la même cause, cause

[1339] *Cf.* article 383 et 389 du Code civil.
[1340] *Cf. supra* § 1014.

permettant la mise en œuvre de l'article 373 du Code civil, à savoir l'impossibilité de manifester sa volonté. Autrement dit, le fait d'être hors d'état de manifester sa volonté justifie le retrait ou la perte de la mission de représentation et de protection du patrimoine de l'enfant confiée par principe aux père et mère.

1056. Ainsi, la perte de l'exercice de l'autorité parentale n'influe pas en elle-même sur l'administration légale par le truchement des articles 373, 383 et 389 du Code civil, mais c'est la preuve de l'impossibilité pour le parent concerné d'exprimer sa volonté qui permet de caractériser à la fois la perte de la capacité d'exercer l'autorité parentale et la perte du pouvoir d'exercer l'administration légale.

1057. L'identité de cause entre la perte d'une capacité et la perte d'un pouvoir conduit à revenir sur la distinction opérée entre ces deux notions. En effet, il a été rappelé[1341] que certains auteurs estiment que la notion de pouvoir désigne l'aptitude pour une personne à engager des biens par ses actes[1342]. Dans cette hypothèse, la seule preuve de l'impossibilité à exprimer une volonté consciente ne devrait donc pas suffire à priver le ou les parents de cette prérogative. Cependant, une définition plus large a été retenue, à savoir l'aptitude à agir au nom et pour le compte d'autrui. Cette conception est ici confortée. L'aptitude à agir en son nom et pour son propre compte comme l'aptitude à agir au nom et pour le compte d'autrui s'analysent toutes les deux comme l'aptitude à exercer un acte, dont la nature juridique n'importe pas. Que cet acte soit patrimonial ou personnel, il exige, pour son exercice, l'expression d'une volonté consciente. L'essentiel est que l'auteur de l'acte, qu'il agisse pour lui ou pour autrui, donne un consentement valable. Cette identité de cause pour la perte de prérogatives n'est d'ailleurs que le pendant de l'identité de cause nécessaire à l'exercice de ces prérogatives. Le lien posé par le législateur entre l'autorité parentale et l'administration légale aux articles 383 et 389 du Code civil révèle l'existence d'une condition commune à ces deux prérogatives, à savoir une nécessaire aptitude. Cette condition commune justifie le fait que la perte de l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 373 du Code civil entraîne automatiquement la perte de l'administration légale[1343]. Si le phénomène inverse ne se vérifie pas, c'est-à-dire si la perte de l'administration légale peut ne pas s'accompagner

[1341] *Cf. supra* § 577.
[1342] G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3e éd., 1976, n° 504 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et famille*, T. 1, 11e éd. par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1947, n° 84 ; Ph. Malaurie, *Droit civil, Les personnes*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 512 ; R. Houin, « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 389.
[1343] Article 389-2 du Code civil.

de la perte de l'exercice de l'autorité parentale[1344], c'est dans l'hypothèse où la perte de l'administration légale se fonde sur une autre cause, comme l'aptitude à gérer le patrimoine de son enfant[1345].

1058. L'inaptitude à manifester sa volonté cause de la perte de l'exercice de l'administration légale peut ainsi correspondre à la situation du parent incapable[1346]. Cette inaptitude peut en effet être elle-même la cause du placement sous régime de protection. Cette hypothèse de perte du pouvoir d'exercer l'administration légale apporte donc une réponse au problème du parent civilement incapable. Tel est également le cas, mais le lien avec l'incapacité civile est alors moins évident, du défaut de pouvoir pour inaptitude à gérer le patrimoine de l'enfant.

2. L'inaptitude à gérer le patrimoine de l'enfant

1059. Indépendamment de la perte de l'exercice de l'autorité parentale prévue à l'article 373 du Code civil, l'article 391 du Code civil donne au juge des tutelles la possibilité d'ouvrir une mesure de tutelle dans certaines hypothèses et ce, bien que les père et mère soient en état de manifester leur volonté. Toutefois, la circulaire du 1er juillet 1966 ne reconnaît aux juges des tutelles cette possibilité que dans « des cas particuliers »[1347]. Il est vrai que « la mesure présente un aspect de défiance, donnant à penser que la gestion antérieure a laissé à désirer »[1348]. Sans être spécifique au parent incapable, ces hypothèses doivent être envisagées dans la mesure où la situation paraît propice à la caractérisation d'une telle inaptitude. Certains causes de placement sous un régime de protection, telle la prodigalité, en sont d'ailleurs la marque. Une distinction s'impose selon que l'administration légale est exercée par les deux parents (β) ou par l'un d'entre eux sous le contrôle du juge (α).

[1344] *Cf.* TI St Omer, 3 mai 1989 : *JCP G* 1990, II, 21514, note Th. Fossier.
[1345] *Cf. infra* § 1059 s.
[1346] Voir déjà pour la perte de l'exercice de l'autorité parentale, *supra* § 1014.
[1347] Circulaire du 1er juillet 1966 relative à la tutelle et à l'émancipation, § 38, JO du 7 juillet 1966, p. 5786 ; *D.* 1966, lég. p. 316.
[1348] J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, les incapacités, La famille, l'enfant, le couple,* PUF, Coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004, n° 311 p. 603.

α. Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire

1060. Aux termes de l'article 391 al. 1 du Code civil, « dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle ». Le père ou la mère qui exerçait seul l'administration légale perd ainsi ses prérogatives.

1061. Cette perte de pouvoir se veut plus facile à décider que dans le cadre de l'administration légale pure et simple : il n'est ici pas nécessaire de caractériser l'existence d'une « cause grave ». La transformation d'une administration légale sous contrôle judiciaire ne doit cependant pas être prononcée à la légère. Elle doit être justifiée par les dysfonctionnements de l'administration légale, par « un manquement sérieux de l'administrateur légal »[1349]. En revanche, l'inaptitude dont il est ici question ne doit s'apprécier que par rapport à la gestion du patrimoine. La transformation de l'administration légale en tutelle ne peut se fonder que sur l'inaptitude du parent concerné à gérer le patrimoine de l'enfant, et non sur son inaptitude à prendre en charge la personne de l'enfant. La place de l'article 391 dans le Code civil, situé dans le chapitre 2 : « De la tutelle », dans la section 1re : « Des cas où il y a lieu, soit à l'administration légale, soit à la tutelle », montre bien que cette disposition relève du domaine de l'administration légale et non de celui de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.

1062. Autrement dit, dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le parent administrateur légal peut perdre son pouvoir, sur décision du juge des tutelles, lorsqu'il se révèle inapte à assumer une telle responsabilité. Deux hypothèses avaient été envisagées par le législateur en 1964[1350] : celle dans laquelle le mineur possède un patrimoine important nécessitant une gestion éclairée que le père ou la mère survivant n'est pas en mesure d'assumer, et celle dans laquelle le parent survivant se remarie et risque ainsi de perdre une partie de son indépendance dans la gestion du patrimoine de l'enfant issu du premier lit. Les causes d'ouverture de la tutelle sur le fondement de l'article 391 al. 1 ne sauraient cependant se limiter à ces deux situations.

[1349] M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 146.
[1350] Rapport AN n° 1006 de M. Collette au nom de la Commission des lois, p. 16.

1063. C'est ainsi que le juge des tutelles a pu se référer, pour transformer une administration légale sous contrôle judiciaire en tutelle, à l'inexpérience ou l'impéritie du parent concerné, compromettant les intérêts purement patrimoniaux du mineur[1351]. L'absence de patrimoine rend cependant en pratique inutile la conversion[1352], révélant par la même que la finalité de la mesure n'est en aucun cas de sanctionner l'inaptitude parentale, mais de protéger l'enfant en s'assurant de la bonne gestion de son patrimoine.

1064. La cause de la perte de l'administration légale sur le fondement de l'alinéa 1 de l'article 391 du Code se comprend ainsi plus comme un manque d'expérience, une inaptitude voire une absence de goût pour les affaires. La minorité et le placement sous tutelle ou curatelle ne suffisent pas en soi à justifier l'ouverture de la tutelle, même si le placement sous un régime de protection est notamment motivé par l'impossibilité d'agir seul dans les actes de la vie civile et d'assurer la défense de ses propres intérêts. Il ne faut pas en déduire une présomption d'impossibilité de gérer correctement le patrimoine de son enfant : comme pour tout parent, la preuve de cette inaptitude doit être rapportée. De plus, dans le cas d'une administration légale sous contrôle judiciaire, l'intervention du juge des tutelles existe déjà, assurant ainsi un contrôle de l'exercice par le parent de son pouvoir et diminuant ainsi les risques liés aux causes de son incapacité civile. Surtout, la conversion de l'administration légale en tutelle étant inutile en l'absence de patrimoine, même si elle est possible en application de l'article 374-2 du Code civil, il apparaît le plus souvent[1353] qu'un parent placé sous un régime de protection peut rester administrateur légal de son enfant et qu'il ne sera pas nécessaire de recourir à la tutelle de l'article 391 al. 1 du Code civil.

1065. Lorsque cependant le juge décide de faire application de l'article 391 al. 1 du Code civil, il est certain que les causes de l'incapacité civile du parent concerné permettront souvent d'établir l'inaptitude à gérer le patrimoine de l'enfant. Le constat d'une mauvaise administration du patrimoine de l'enfant suffit alors à donner au juge la possibilité d'ouvrir la tutelle. Certes, cette mauvaise gestion peut avoir elle-même pour cause l'altération des

[1351] TGI Beauvais, 3 octobre 1968 : *Gaz. Pal.* 1968, jurisp. p. 318.En l'espèce, l'absence de réunion de ces critères a conduit le juge à refuser l'ouverture de la tutelle et à laisser la mère majeure capable assumer administration sous contrôle judiciaire.

[1352] Ord. Juge des tutelles Rouen, 6 janvier 1966 : *JCP* G 1966, II, 14530, 5e espèce, note J.A. Mais l'article 374-2 du Code civil rend cependant possible l'ouverture de la tutelle même en l'absence de patrimoine.

[1353] L'enfant du parent incapable mineur, de par son jeune âge, n'aura en effet que très rarement un patrimoine important. Il en sera de même pour l'enfant de l'incapable majeur, le patrimoine de l'enfant étant souvent en rapport avec celui de ses parents, et les majeurs incapables étant à leur grande majorité peu fortunés : Cf. Th. Fossier, *in* « 25 ans de protection des majeurs », *JCP* N 1993, doctrine p. 164.

facultés du père ou de la mère, mais la véritable justification de l'ouverture de la tutelle réside dans l'insuffisance de la protection assurée par l'administrateur légal.

1066. Cette idée de protection de l'enfant par le retrait de pouvoir aux parents existe aussi en cas d'administration légale pure et simple. Mais ici, l'ouverture d'une mesure de tutelle opère plus de changement, puisque les deux parents sont alors privés de leurs prérogatives. C'est pourquoi le législateur a exprimé le souhait de limiter les applications de cette disposition, en imposant au juge de n'ouvrir une tutelle dans ce cas que pour « cause grave ».

β. Dans l'administration légale pure et simple

1067. Aux termes de l'article 391 al. 2 du Code civil, dans le cas de l'administration légale pure et simple, le juge peut décider d'ouvrir la tutelle, « mais seulement pour cause grave ». Les deux parents perdent alors l'administration légale.

1068. Le législateur ne donne aucune définition de la « cause grave ». Il faut cependant préciser ce que signifie cette notion. L'intervention du juge des tutelles paraît se justifier par le caractère défectueux de l'exercice de l'administration légale. Il faut, comme dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire[1354], qu'il y ait un mauvais exercice de l'administration légale. L'inaptitude des parents est donc prise en compte et elle est appréciée en fonction de l'intérêt de l'enfant. Mais l'exigence d'une « cause grave » rend l'ouverture d'une tutelle plus difficile en cas d'administration légale pure et simple. Il s'agit de limiter le risque d'immixtion du juge des tutelles dans la gestion du patrimoine de leur enfant par les père et mère. La circulaire du 1er juillet 1966 invite d'ailleurs les juges des tutelles à n'utiliser cette procédure que de manière « exceptionnelle »[1355]. Il est vrai que par hypothèse ici, les deux parents sont en état de manifester leur volonté, puisqu'ils ne sont pas concernés par l'article 373 du Code civil dès lors que la tutelle n'a pas été ouverte sur le fondement de l'article 390 ou l'administration légale dévolue automatiquement à un seul d'entre eux. D'un autre côté, le juge n'exerce sur l'administration légale pure et simple qu'un contrôle très lointain, à la différence de ce qui a été vu en cas d'administration légale sous contrôle

[1354] *Cf. supra* § 1061.
[1355] Circulaire du 1er juillet 1966 relative à la tutelle et à l'émancipation, § 38, JO du 7 juillet 1966, p. 5786 ; D. 1966, lég. p. 316.

judiciaire, et il peut lui sembler nécessaire de ne pas laisser les père et mère gérer seuls le patrimoine de l'enfant. Reste à définir ce que constitue la « cause grave » exigée par le législateur.

1069. A ce sujet, le 91e congrès des notaires de France a énoncé que la « cause grave » peut correspondre notamment aux causes de destitution prévues à l'article 444 du Code civil, c'est-à-dire à l'improbité, la négligence habituelle ou l'inaptitude aux affaires[1356]. Il est vrai qu'il s'agit là d'inaptitudes qui ont pour effet de ne pas permettre à la personne qui en est affectée d'assurer une bonne gestion d'un patrimoine. Tel n'est pas le cas des causes de dispense de tutelle, sans rapport avec de telles inaptitudes. De même, celles qui conduiraient à l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert ne suffisent pas[1357] : si elles n'ont pas conduit au placement de l'enfant, c'est que la condition de « cause grave » ne peut être caractérisée[1358]. Certains auteurs proposent également de retenir les « causes de perte, provisoire ou définitive, ou de déchéance, totale ou partielle, de l'autorité parentale »[1359]. En effet, l'inaptitude dont il doit ici être question, si elle doit être relative à la personne de l'enfant, peut également l'être à la gestion de ses biens. Si les causes d'un retrait de l'autorité parentale sont caractérisées, les causes d'ouverture d'une tutelle le sont également, et le danger dans lequel se trouve par hypothèse l'enfant qui fait l'objet d'un retrait d'autorité parentale justifie à coup sûr que soit retenue la qualification de « cause grave ». Qui peut le plus, peut le moins[1360] ! Mais l'intérêt de se limiter à l'ouverture d'une tutelle sur le fondement de l'article 391, c'est-à-dire limitée aux biens[1361], là où le retrait de l'autorité parentale en son entier est justifié, est inexistant[1362]. Par suite, la référence aux causes de retrait de l'autorité parentale est inutile.

1070. Les causes d'ouverture d'une tutelle sur le fondement de l'article 391 al. 2 du Code civil peuvent se présenter dans l'hypothèse où les deux parents sont civilement incapables. Mais leur statut d'incapable ne suffit pas à caractériser la « cause grave » au sens

[1356] 91e congrès des notaires de France, Tours, 21/24 mai 1995, « Le droit et l'enfant », n° 435, p. 391.
[1357] En ce sens, M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 145.
[1358] En revanche, de telles causes doivent suffire pour l'ouverture d'une tutelle en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire sur le fondement de l'article 391 al. 1 du Code civil.
[1359] M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 145.
[1360] Voir H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 372 p. 741.
[1361] *Cf. infra* § 1098 s.
[1362] Voir en ce sens M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, PUAM, 2002, n° 462.

de l'article 391 al. 2[1363], et ce d'autant plus que par hypothèse ici les parents sont en état de manifester leur volonté puisqu'il n'y a pas eu application des articles 373 et 390 du Code civil. Il n'empêche que les causes de leur placement sous un régime de protection peuvent conduire le juge des tutelles à décider de protéger l'enfant en privant les parents de leurs prérogatives sur son patrimoine, et ainsi ouvrir une mesure de tutelle sur les biens de l'enfant.

1071. Quelle que soit l'inaptitude retenue pour priver le parent de l'administration légale, cette perte s'analyse comme un défaut de pouvoir. Lorsque l'acte passé doit être exercé au nom et pour le compte d'autrui, la perte de cette prérogative reçoit en effet cette qualification. La perte de l'exercice de l'administration légale relève du domaine du défaut de pouvoir, comme le révèle également la nature de la sanction apportée aux actes passés en violation de cette perte, ce qui soulève une difficulté lorsque le parent concerné est incapable.

B) La sanction des actes passés par le parent incapable privé de l'exercice de l'administration légale

1072. L'exercice de l'administration légale s'analyse comme l'exercice d'un pouvoir, d'une action exercée au nom et pour le compte d'autrui. L'enfant est engagé par les actes passés par l'administrateur légal. A l'acte passé par le parent privé de l'exercice de l'administration légale devrait donc être appliquée la sanction du défaut de pouvoir, c'est-à-dire l'inoppsabilité de l'acte (1). Toutefois, lorsque ce parent est incapable, la nullité, sanction de l'incapacité, ne doit pas être rejetée (2).

1. La sanction du défaut de pouvoir

1073. Le défaut de pouvoir et l'incapacité diffèrent dans leur sanction. Ripert et Boulanger formulaient cette idée avec clarté : « la capacité et le pouvoir se séparent d'une manière visible quand l'acte en excède les limites : en cas d'incapacité, l'acte est seulement annulable et deviendra valable par le seul effet de l'écoulement de la prescription ; en cas de défaut de pouvoir, l'acte est inopposable au véritable intéressé, qui peut seulement se

[1363] Voir cependant M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 145, qui énoncent que les causes d'incapacité à assumer les charges de tutelle envisagées à l'article 442 du Code civil, c'est-à-dire notamment la minorité et le placement sous tutelle ou curatelle, peuvent servir de référence au juge des tutelles qui souhaite se prononcer sur le fondement de l'article 391 al. 2 du Code civil.

l'approprier par une ratification »[1364]. Dans le même sens, Planiol énonçait déjà que la sanction du défaut de pouvoir consiste à ce que « l'acte est entièrement sans effet à l'égard du véritable intéressé, qui peut seulement lui donner la vie en se l'appropriant par une ratification. (…) En l'absence de toute approbation de l'intéressé, la situation est inverse dans les deux cas : c'est tantôt l'efficacité définitive qui se produit, et tantôt l'inefficacité absolue de l'acte »[1365]. En d'autres termes, l'acte passé pour autrui par une personne sans pouvoir est valable, dès lors que les conditions de consentement, de capacité, d'objet et de cause prévues par l'article 1108 du Code civil sont remplies. La seule conséquence possible du défaut de pouvoir est alors l'inopposabilité de l'acte, c'est-à-dire son absence d'effet à l'égard du géré.

1074. Une précision terminologique s'impose à ce stade de la distinction. Il convient de ne pas confondre le défaut de pouvoir avec le détournement ou le dépassement de pouvoir. Le dépassement de pouvoir se définit comme le dépassement de prérogatives octroyées. Dans ce cas, l'auteur de l'acte a le pouvoir d'agir, mais l'acte effectué dépasse les limites de ce pouvoir. Le détournement de pouvoir recoupe également l'hypothèse dans laquelle l'auteur de l'acte a le pouvoir d'agir, mais cette fois, l'acte passé ne répond pas aux finalités de ce pouvoir. Il a utilisé ses pouvoirs à des fins étrangères à sa mission. Ainsi, seul le défaut de pouvoir recouvre l'hypothèse dans laquelle l'auteur de l'acte agit sans aucun pouvoir. Il est alors en concurrence avec celui qui dispose effectivement de ces prérogatives.

1075. En ce sens, Michel Storck[1366] distingue quant à leur sanction le détournement de pouvoir et le défaut de pouvoir. Si la première hypothèse ne peut donner lieu qu'à l'inopposabilité, la seconde peut également être sanctionnée par la nullité. Le même auteur distingue également l'absence de pouvoir et le défaut de pouvoir. Selon lui, la personne qui agit pour autrui alors qu'elle n'en a pas le pouvoir peut cependant en avoir la compétence, l'aptitude, et il faut alors parler de défaut de pouvoir. Et lorsque l'intéressé n'a ni le pouvoir,

[1364] G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. 1, *Introduction générale, les personnes*, Paris 1956, n° 2538. Dans le même sens, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 1, Paris, 5e éd., 1908, n° 1611, pour qui la sanction du défaut de pouvoir consiste en ce que « l'acte est entièrement sans effet à l'égard du véritable intéressé, qui peut seulement lui donner la vie en se l'appropriant par une ratification (…). En l'absence de toute approbation de l'intéressé, la situation finale est inverse dans les deux cas : c'est tantôt l'efficacité définitive qui se produit et tantôt l'inefficacité absolue de l'acte ».

[1365] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil français, Principes généraux, Les personnes, la famille, les incapables, les biens*, T1, LGDJ, 12e éd., 1939, n° 1611.

[1366] M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, T. 172, n° 208 et s. et n° 224 et s.

ni l'aptitude, il s'agit d'une absence de pouvoir. La seconde hypothèse donne lieu à nullité[1367], alors que la première ne conduit qu'à l'inopposabilité au sujet d'imputation.

1076. La sanction apportée à l'acte effectué sans pouvoir mais avec le respect des exigences de l'article 1108 du Code civil ne peut donc être la nullité. Dès lors que le pouvoir n'est pas envisagé comme cause de validité de l'acte, une autre sanction doit être retenue[1368]. Deux solutions semblent possibles : l'inopposabilité et l'inexistence.

1077. L'inopposabilité de l'acte au sujet d'imputation est une solution très attractive[1369]. Elle permet de répondre au difficile respect de deux intérêts contradictoires. Le tiers est protégé en ce que l'acte passé avec l'auteur de l'acte qui n'en avait pas le pouvoir reste valable dès lors que les conditions de l'article 1108 du Code civil ont été respectées. Il y a ainsi respect du principe de sécurité juridique pour éviter une instabilité contractuelle. Le sujet à qui l'acte devait être imputé bénéficie également d'une protection en ce que l'acte ne lui sera pas opposable. Nul ne peut décider de l'engager s'il n'en a pas le pouvoir. C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence. La Cour de cassation, en son Assemblée plénière, a expressément énoncé le 28 mai 1982 que l'inopposabilité était la sanction du défaut de pouvoir[1370].

1078. Cette jurisprudence, bien qu'explicite, ne permet cependant pas d'exclure l'idée d'inexistence[1371]. Si l'acte est valable au sens de l'article 1108 du Code civil et donc ne peut être annulé, il peut paraître inconcevable de le laisser produire des effets juridiques. Par conséquent, de la même façon que l'acte passé en absence de tout consentement, l'acte passé en absence de tout pouvoir devrait ainsi être inexistant. Il est vrai que « l'inopposabilité ici

---

[1367] Voir également C. Farge, « Le dépassement ou l'absence de pouvoir du représentant légal », *D&P* sept. 2000, p. 78.

[1368] Voir cependant *contra* Cass. civ., 29 novembre 1926 : *D.* 1928, 1, 41, note R. Savatier ; M. Bauer et Th. Fossier, *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd., 1999, p. 182. Mais dans cette espèce, il s'agissait d'un acte passé par un tuteur de fait, et les auteurs envisagent eux-mêmes le recours à la gestion d'affaire pour protéger les tiers. La solution de l'inopposabilité trouve alors pleinement son intérêt.

[1369] En ce sens, voir Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, T. 339, n° 170 et s., et voir également M. Falaise, « La sanction de l'acte irrégulier », *Petites affiches* n° 103, du 27 août 1997, p. 5.

[1370] Cass. ass. plén., 28 mai 1982 : *Bull. civ.*, n° 3 ; *D.* 1983, p. 117, concl. J. Cabannes, et p. 349, note E. Gaillard.

[1371] Sur cette notion, voir O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n° 45 et s. ; H. Adida-Canac, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, Etude p. 119.

visée n'est en réalité qu'une forme larvée d'inexistence »[1372]. Autrement dit, pour le sujet d'imputation, les effets de l'inopposabilité s'apparentent à ceux de l'inexistence. Seule l'absence de rôle du juge dans la mise en œuvre de cette sanction permet d'opérer la distinction[1373].

1079. *De lege lata*, en l'absence de consécration jurisprudentielle explicite de la théorie de l'inexistence, il faut adopter la solution de l'inopposabilité au sujet d'imputation lorsque l'auteur de l'acte n'avait pas le pouvoir d'agir. Le tiers cocontractant ne serait de plus pas protégé par la théorie de l'inexistence. Dans tous les cas, la nullité relative n'est jamais la sanction de l'acte passé sans pouvoir, sauf à rapporter la preuve supplémentaire d'une violation des exigences de l'article 1108 du Code civil[1374]. Or c'est ici que réside la difficulté lorsque le parent privé de l'administration légale est incapable : l'acte qu'il effectue sans en avoir le pouvoir est également effectué sans capacité. La sanction apportée à l'acte de gestion du patrimoine de leur enfant exercé par les parents incapables privés de l'administration légale peut alors résider dans la nullité.

2. La survie de la nullité

1080. La perte de l'administration légale par le ou les parents a conduit au placement de l'administration légale sous contrôle judiciaire ou à l'ouverture d'une tutelle de plein droit sur le fondement de l'article 390 du Code civil. Les père et mère privés de leurs prérogatives ne peuvent plus agir, au risque à défaut d'entrer en conflit avec le véritable détenteur du pouvoir. Les arguments développés pour justifier le rejet de la nullité et de l'inexistence dans l'hypothèse du défaut de pouvoir et lui préférer l'inopposabilité, prennent ici tout leur sens. La protection de l'enfant ne doit pas se faire au détriment du tiers contractant. C'est pourquoi à l'inopposabilité de l'acte pour l'enfant s'ajoute l'engagement du ou des parents ayant passé l'acte.

1081. La nullité ne doit cependant pas être définitivement écartée. Les conditions de consentement et de capacité prévues par l'article 1108 du Code civil ne sont en effet pas respectées lorsque le parent qui a perdu l'administration légale est incapable. Le parent

[1372] E. Gaillard, note préc. sous Cass. ass. plén., 28 mai 1982.
[1373] Sur ce point, *cf. supra* § 1043.
[1374] *Cf.* M. Storck, *op. cit.*

incapable n'a alors ni le pouvoir ni l'aptitude à agir et se trouve en conséquence dans une situation d'absence de pouvoir[1375]. Lorsque les parents étaient dans l'impossibilité d'exprimer une volonté consciente au moment de l'acte, les conditions de l'article 1108 du Code civil ne sont pas remplies et la nullité relative de l'acte peut être recherchée sur le fondement de l'article 489 du Code civil, protégeant alors à la fois l'auteur de l'acte et l'enfant. De même, si l'acte passé par le parent civilement incapable privé de l'administration légale nécessitait une autorisation ou une représentation au titre de l'incapacité civile, il peut être sanctionné sur ce fondement.

1082. Le défaut du pouvoir du parent incapable est ainsi fondé sur son inaptitude. Si la protection de l'enfant apparaît déjà au travers des sanctions qui peuvent être apportées aux actes passés par le parent privé de l'administration légale, tel est surtout l'objet de l'ouverture de la tutelle de l'enfant prévue aux articles 390 et 391 du Code civil et qui fait suite à la perte de l'administration légale.

§ 2. La protection du patrimoine de l'enfant lorsque les parents incapables sont privés du pouvoir d'exercer l'administration légale

1083. L'hypothèse ici envisagée est celle dans laquelle les deux parents sont privés du pouvoir d'exercer l'administration légale. La situation dans laquelle un seul d'entre eux est concerné, prévue par l'article 389-2 du Code civil, donnant lieu à la mise en place de l'administration légale sous contrôle judiciaire, suscite moins d'intérêt. L'intervention du juge des tutelles garantit alors la protection de l'enfant, et ce même si le parent qui exerce l'administration légale est civilement incapable[1376].

1084. La protection dont bénéficie l'enfant placé sous tutelle diffère selon le fondement utilisé. Alors que l'article 390 du Code civil permet d'ouvrir une tutelle complète (A), le domaine d'application de l'article 391 est limité aux biens (B).

[1375] *Cf.* M. Storck, *op. cit.*
[1376] *Cf.* 2e Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

A) La protection de l'article 390 du Code civil

1085. Consécutive à la perte de l'exercice de l'autorité parentale prévue à l'article 373 du Code civil, la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 390 du Code civil concerne la personne et le patrimoine de l'enfant (1). Il est alors nécessaire de préciser le rôle de chacun des intervenants (2).

1. Le domaine de la tutelle

1086. La tutelle de l'article 390 du Code civil porte toujours sur les biens et sur la personne de l'enfant. La seule tutelle aux biens est inconciliable avec les conditions d'ouverture de cette tutelle, à savoir le décès ou la privation de l'exercice de l'autorité parentale des deux parents. De plus, l'article 374-2 du Code civil, en énonçant que la tutelle peut être ouverte même s'il n'y a pas de bien à administrer, confirme l'existence autonome de la tutelle à la personne. Les parents restent cependant titulaires de l'autorité parentale, puisque l'article 373 du Code civil ne les a privés que de l'exercice de cette autorité.

1087. Une difficulté doit cependant être relevée avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative à la filiation. En effet, jusqu'au 1er juillet 2006, la formulation retenue par l'article 390 al. 2 du Code civil conduit à s'interroger sur le domaine de la tutelle ouverte sur ce fondement. Dans l'hypothèse envisagée par l'alinéa 2 de l'article 390, c'est-à-dire lorsque l'enfant naturel n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance volontaire, certains auteurs ont relevé une distorsion de l'administration légale et de l'autorité parentale[1377]. Avant la réforme du 4 mars 2002, si l'article 390 ouvrait la tutelle dans cette situation, rien dans l'article 374 ne faisait obstacle à ce que les père et mère exercent l'autorité parentale lorsque leur filiation a été établie judiciairement, unilatéralement ou conjointement en cas de déclaration devant le greffier en chef du tribunal de grande instance. Il fallait donc admettre que la tutelle de l'article 390 al. 2 était limitée aux biens de l'enfant. En ce sens également il est vrai que l'article 392 du Code civil, en permettant, dans l'hypothèse d'une reconnaissance ultérieure, la substitution d'une administration légale sous contrôle judiciaire à

[1377] J. Hauser et E. Abitbol, « De 1964 à 1970. Les retombées de la loi relative à l'autorité parentale sur les institutions tutélaires. II Défaillances de l'autorité parentale et tutelle », *D.* 1971, p. 65, n° 1 ; F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2005, n° 1148.

la tutelle, n'envisage que l'aspect patrimonial et semble associer la tutelle de l'article 390 à celle de l'article 391.

1088. Mais, avant même l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, cette exception ne paraît pas fondée[1378]. Si l'article 372, comme auparavant l'article 374 abrogé par la réforme du 4 mars 2002, ne fait pas vraiment obstacle à ce que les parents n'ayant pas reconnu volontairement leur enfant exercent l'autorité parentale, l'article 374-1 donne toujours au juge, statuant sur l'établissement de la filiation, la possibilité de confier temporairement l'enfant à un tiers chargé de requérir l'organisation de la tutelle. Cette disposition n'a de sens que s'il s'agit d'une tutelle complète, sur la personne et sur les biens de l'enfant[1379]. Surtout, dès lors que la filiation avec les père et mère a été établie contre leur gré, il est difficile de leur faire confiance aussi bien pour la gestion du patrimoine de l'enfant que pour le gouvernement de sa personne. Dans l'hypothèse de parent incapable dont la filiation a été établie judiciairement du fait de leur impossibilité à reconnaître l'enfant dans un intervalle lucide, il est vrai que la difficulté perd de sa portée en ce que les conditions de l'article 373 sont alors remplies, ce qui conduit à l'ouverture d'une tutelle complète.

1089. La réforme de la filiation modifiant la formulation de l'article 390 al. 2 confirme cette solution. A partir du 1er juillet 2006, la tutelle de l'article 390 al. 2 s'ouvre « à l'égard d'un enfant qui n'a ni père ni mère »[1380]. Il s'agit donc de l'hypothèse des enfants sans filiation. Or dans cette hypothèse, les père et mère n'exercent pas non plus l'autorité parentale sur la personne. La tutelle ouverte sur ce fondement est incontestablement une tutelle sur la personne et sur les biens de l'enfant.

1090. Toutefois, une utilisation extensive de l'article 390 al. 1 du Code civil a déjà permis à la jurisprudence de restreindre la tutelle au patrimoine de l'enfant. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal d'instance de St Omer[1381], décidant d'ouvrir la tutelle aux biens de l'enfant sur le fondement de l'article 390 afin de répondre au placement sous tutelle des parents majeurs, tout en leur laissant l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de leur

[1378] En ce sens notamment, J. Massip, « L'exercice de l'autorité parentale dans la famille naturelle », *Defrénois* 1974, art. 30544, p. 257, n° 4. L'article 390 al. 2 assimile la tutelle ouverte pour les enfants naturels non volontairement reconnus à ceux orphelins de père et de mère envisagés à l'aliéna 1, pour lesquels l'ouverture d'une tutelle complète n'est pas contestée.
[1379] Voir en ce sens M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, Editions Panthéon-Assas, 2003, n° 565.
[1380] Sur le caractère superflu de ce texte, voir Th. Fossier, « (Petits) dits et (gros) non-dits : filiation nouvelle eu autorité parental », *Dr. famille* janv. 2006, chron. n° 10, p. 32, § 8.
[1381] TI St Omer, 3 mai 1989 : *JCP* G 1990, II, 21514, note Th. Fossier.

enfant. Le tribunal s'est cependant bien fondé sur l'article 373 pour ouvrir la tutelle de l'article 390, ce qui n'est pas sans ambiguïté. Ainsi, selon cette jurisprudence, dès lors qu'il est admis que les père et mère même civilement incapables peuvent exercer l'autorité parentale s'ils en ont l'aptitude, le domaine de la tutelle de l'article 390 peut, comme la tutelle de l'article 391, être limité aux biens. Mais en vertu d'une interprétation littérale du texte, rien dans l'article 390 n'autorise à limiter aux biens le domaine de la tutelle.

1091. Hormis cette exception, contraire à l'esprit du texte, la tutelle de l'article 390 porte sur la personne et le patrimoine de l'enfant. Elle ne peut donc coexister avec l'autorité parentale, ce qui conduit à s'interroger sur la place laissée aux parents incapables dans ce régime de protection de leur enfant, et par suite à préciser le rôle des autres principaux organes de la tutelle, à savoir le juge et le tuteur.

2. Le fonctionnement de la tutelle

1092. La mise en œuvre de l'article 390 du Code civil a lieu automatiquement, consécutivement à la perte de l'exercice de l'autorité parentale prévue par l'article 373 du Code civil. Toutefois, son organisation exige l'intervention du juge des tutelles, ce qui marque une différence avec le placement sous contrôle judiciaire de l'administration légale prévue à l'article 389-2 du Code civil, qui n'envisage aucune formalité. Le juge des tutelles joue donc un rôle dès l'ouverture de la mesure. Mais il ne dispose en réalité d'aucun pouvoir d'appréciation quant à l'intérêt de la mesure et doit se limiter à l'organiser dès lors que les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale au sens de l'article 373 du Code civil[1382].

1093. L'intervention du juge soulève des difficultés. L'ouverture automatique de la tutelle sur le fondement de l'article 390 pose clairement un problème de connaissance de la mesure par les principaux intéressés, administrateurs légaux et enfants, et de publicité à l'égard des tiers. Le fait que, par hypothèse, les parents soient ici hors d'état de manifester une volonté consciente ne fait qu'accentuer ces difficultés. L'enfant risque de ne pas être effectivement représenté tant que les démarches en vue de l'organisation de la tutelle n'auront pas été effectuées. Or l'état dans lequel se trouvent les parents conduit à s'interroger sur les

[1382] En ce sens, voir notamment M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 452.

personnes pouvant porter à la connaissance du juge des tutelles la situation[1383]. Seul un contentieux relatif à la réalisation d'un acte portera en réalité à la connaissance des différentes parties la modification du régime de protection de l'enfant mineur. L'effet automatique de l'article 390 du Code civil, comme de l'article 373, conduit ainsi à des dysfonctionnements évidents et ne fait que compliquer une situation déjà difficile. En l'absence aujourd'hui d'intervention systématique du juge pour constater la perte de l'exercice de l'autorité parentale et donc de l'administration légale, les différents organes de protection du parent incapable ont un rôle à jouer dans l'information du juge des tutelles. Ce « signalement » prend alors place dans leur mission générale de protection de l'incapable : il s'agit de ne pas le laisser assumer une charge pour laquelle il ne remplit plus les conditions d'exercice. Dans ces conditions, les parents, tuteur et curateur du parent incapable participent indirectement à l'organisation d'un nouveau régime de protection pour l'enfant.

1094. L'intervention du juge des tutelles est indispensable pour l'organisation du régime. Il doit désigner les membres du conseil de famille[1384], statuer sur les causes d'exclusion, de destitution ou de récusation[1385]. Surtout, une fois l'ouverture de la tutelle effectivement constatée et organisée par lui, il appartient au juge d'assurer une surveillance générale du régime. Il est également souhaitable de lui donner la compétence pour s'assurer d'un retour du père ou de la mère à la possibilité d'exprimer une volonté consciente, pour, dans cette hypothèse, décider d'un retour à l'administration légale.

1095. Les père et mère sont « les grands perdants » de la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 390 du Code civil. Dès lors que la tutelle porte sur la personne et le patrimoine de l'enfant, ils ne participent plus à sa protection. Cette solution est cependant la conséquence de l'importance de leur inaptitude et répond à l'intérêt de l'enfant

1096. Un tuteur cumule donc la charge de protéger l'enfant dans sa personne et son patrimoine. Deux tuteurs distincts peuvent aussi être nommés[1386]. En ce cas, la tutelle de l'article 390 du Code civil se rapproche de celle de l'article 391 dans la mesure où deux personnes différentes participent à la protection de l'enfant. Mais dans le cadre de l'article

[1383] Sur cette difficulté, M. Bruggeman, thèse préc., n° 392.
[1384] Article 407 du Code civil.
[1385] Article 446 du Code civil.
[1386] Article 417 du Code civil.

391 du Code civil, le cumul s'opère entre la tutelle aux biens et l'autorité parentale sur la personne.

B) La protection de l'article 391 du Code civil

1097. La tutelle de l'article 391 ouverte sur décision du juge des tutelles répond à un souci de protection de l'enfant lorsque ses parents ne sont plus aptes à administrer son patrimoine. Comme pour la tutelle de l'article 390, et ce notamment au regard de l'article 374-2 du Code civil qui permet d'ouvrir une tutelle même lorsqu'il n'y a aucun bien à administrer, aucune disposition ne permet *a priori* de limiter son domaine au patrimoine de l'enfant. Telle est pourtant la solution retenue en droit positif (1), ce qui n'est pas sans conséquence sur le fonctionnement du régime de protection (2).

1. Le domaine de la tutelle

1098. L'application de la tutelle de l'article 391 du Code civil au patrimoine de l'enfant est aisément vérifiable. Sa coexistence avec l'autorité parentale, et donc la limitation de son domaine d'application aux biens, peut en revanche être discutée.

1099. Aux termes de l'alinéa 3 de l'article 391 du Code civil, le tuteur nommé pour assumer cette charge peut être l'administrateur légal. Cette possibilité révèle à la fois la priorité faite à la protection du patrimoine dans cette mesure et la volonté de faire survivre l'autorité parentale entre les mains des père et mère. Mais si l'article 391 semble autoriser la limitation de son domaine d'application à l'administration du patrimoine de l'enfant, aucun argument textuel ne permet d'affirmer le caractère obligatoire de cette restriction.

1100. D'autres arguments doivent donc être développés. Il faut d'abord relever que depuis 1993 et l'instauration du juge aux affaires familiales, le juge des tutelles est privé de tout pouvoir sur la personne du mineur et ne semble en conséquence pas disposer de la compétence nécessaire pour décider d'une tutelle complète sans fondement légal exprès. Il ne peut porter aucun jugement sur la manière dont les père et mère exercent l'autorité parentale. Autrement dit, dès lors que l'article 391 n'envisage pas expressément la possibilité d'ouvrir la tutelle pour la personne et pour les biens de l'enfant, le juge des tutelles ne peut sur ce

fondement qu'ouvrir une tutelle aux biens. Ensuite et surtout, l'article 389-7 du Code civil, en énonçant que les règles de la tutelle sont applicables à l'administration légale (…) sans porter préjudice aux droits que les père et mère tiennent du titre « *De l'autorité parentale* », n'empêche certes pas l'application de l'article 391, mais exclut de son domaine d'application l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.

1101. C'est en ce sens que se prononcent la doctrine[1387] et la jurisprudence[1388], conformément d'ailleurs à la circulaire du 1er juillet 1966 relative à la tutelle et à l'émancipation[1389]. La tutelle de l'article 391 n'est destinée qu'à répondre aux carences de l'administrateur légal, non à traiter des questions relatives à la personne de l'enfant. L'autorité parentale est « épargnée » par les effets de l'ouverture de la tutelle[1390].

1102. Cette solution est contestée. La mise en œuvre d'une tutelle complète sur le fondement de l'article 391 du Code civil ne doit pas toujours être exclue. Elle semble d'ailleurs avoir été admise par un juge des tutelles de Bonneville, dans une affaire tranchée ensuite par la Cour de cassation le 24 octobre 2000[1391]. La portée de cette jurisprudence doit cependant d'emblée être nuancée, en ce que la Cour avait ici à statuer sur un litige relatif à la fermeture de la mesure de tutelle, non à son ouverture[1392]. Elle révèle seulement l'intérêt qu'il peut y avoir à ne pas limiter le domaine de la tutelle, afin de répondre efficacement aux carences parentales[1393], quitte à mieux organiser les restitutions de prérogatives aux parents

---

[1387] Voir notamment J. Carbonnier, *op. cit.,* vol. 1, n° 311 ; M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 145 et 201 ; H. Fulchiron et A. Gouttenoire, *Rép. civ. Dalloz* août 2004, n° 48 et 50 ; J. Massip, *Les incapacités*, Defrénois, 2002, n° 136, 139 et 169 ; C. Geffroy, « Pour une autre conception de la tutelle des mineurs », *JCP* N 1993, doc. p. 99 ; P. Blondy, « Les modifications apportées à l'administration légale, à la tutelle et à l'émancipation par la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale », *Defrénois* 1970, art. 29719, p. 1117 spéc. n° 16. Voir cependant *contra* M. Bruggeman, note sous Cass. 1re civ., 24 octobre 2000 : *Petites affiches* n° 171 du 28 août 2001, p. 5, spéc. n° 22 et s., et thèse préc., n° 513 et s.

[1388] Cass. 1re civ., 8 novembre 1982 : *Bull. civ.* I, n° 323 ; *Gaz. Pal.* 1983, jurisp. p. 517 et *Defrénois* 1983, art. 33082, n° 47, note J. Massip ; Cass. 1re civ., 26 juin 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 681, note J. Massip ; Cass. 1re civ., 13 décembre 1994 : *Defrénois* 1995, art. 36024, p. 325, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1995, p. 599, obs. J. Hauser ; Cass. 1re civ., 12 octobre 1999 : *Defrénois* 2000, art. 37173, p. 664, obs. J. Massip.

[1389] Circ. du 1er juillet 1966, préc., n° 10.

[1390] M. Bruggeman, thèse préc., n° 510.

[1391] Cass. civ., 24 octobre 2000 : *Defrénois* 2001, art. 37287, n° 5, p. 97, note J. Massip ; *JCP* G 2001, II, 10548, note Th. Fossier ; *RJPF* 2000-12/12, p. 9, obs. M. Guilé ; *Petites affiches* n° 171 du 28 août 2001, p. 5, note M. Bruggeman.

[1392] En ce sens, P. Salvage-Gerest, « Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? (à propos de Cass. 1re civ., 24 octobre 2000) », *Dr. famille* sept. 2001, chron. n° 19.

[1393] Voir également en ce sens Cass. 1re civ., 3 novembre 2004 : *JCP* G 2006, II, 10008, note C. Geffroy ; *RD sanit. soc.* 2005, p. 304, obs. F. Monéger. Après avoir constaté la vacance de l'administration légale sous contrôle judiciaire du père, la tutelle de l'enfant avait été déférée au service de l'aide sociale à l'enfance, et cette tutelle portait tant sur la personne que sur le patrimoine de l'enfant, dès lors que le père n'avait plus de relations

ayant retrouvé leur pleine faculté. Dans l'espèce envisagée, l'ouverture d'une tutelle complète à la suite du décès du père, avec désignation de la mère comme tutrice à la personne et d'un oncle comme tuteur aux biens, avait pour avantage de limiter l'atteinte portée aux prérogatives de la mère et de permettre un contrôle du juge, autant sur le respect de la personne que sur la bonne administration du patrimoine de l'enfant.

1103. En principe donc, la tutelle de l'article 391 du Code civil est limitée aux biens de l'enfant. Elle coexiste avec l'autorité parentale, ce qui n'est pas sans causer des dysfonctionnements, accentués par le statut d'incapable du ou des parents.

2. Le fonctionnement de la tutelle

1104. Le ou les parents continuent à exercer l'autorité parentale sur la personne de leur enfant. Ils n'ont en revanche plus aucun rôle à jouer dans la gestion du patrimoine. Une première difficulté se pose alors quant à la représentation de l'enfant dans certains actes juridiques. Cette représentation incombe en effet par principe à l'administrateur légal. Mais en matière d'action extrapatrimoniale, le tuteur aux biens n'a aucun pouvoir. Il apparaît alors que la nomination d'un tuteur aux biens, associée à la survie de l'autorité parentale, privent l'enfant de représentation dans l'exercice des actions extrapatrimoniales. Le parent qui exerce l'autorité parentale assure certes le gouvernement de sa personne, mais n'a pas de pouvoir de représentation pour ce qui concerne notamment les actions en justice relatives au nom ou à la filiation[1394]. La solution consiste alors à nommer le parent concerné comme tuteur onéraire, ce qui répond au souci de protection de l'enfant puisqu'il dispose en ce cas du pouvoir de le représenter dans ce type d'actes[1395]. L'hypothèse dans laquelle le parent concerné est lui-même placé sous un régime de protection des incapables ne fait que renforcer l'intérêt d'une telle solution. L'ouverture d'une tutelle a pour effet de donner clairement un pouvoir de contrôle au conseil de famille et au juge des tutelles en matière d'actions extrapatrimoniales exercées par le parent incapable au nom de son enfant. Ainsi, lorsque l'enfant d'un parent incapable est placé sous tutelle sur le fondement de l'article 391, c'est-à-dire par hypothèse lorsque les parents sont en mesure d'exprimer une volonté consciente dans la mesure où ils ne sont pas concernés par l'article 373, il est souhaitable de donner expressément au juge la

---

avec son fils dont il se désintéressait. La mesure d'assistance éducative dont l'enfant faisait l'objet n'avait pas à être maintenue.

[1394] Voir en ce sens M. Bruggeman, note préc. sous Cass. 1re civ., 24 octobre 2000, n° 23.

[1395] Article 450 du Code civil.

possibilité de désigner l'un des parents tuteur onéraire[1396]. Le souci de protection de l'enfant est ainsi concilié avec le respect des prérogatives parentales. Il ne faut cependant pas oublier que si une telle désignation ne pose aucun problème lorsque le parent concerné est mineur non émancipé, dès lors que l'article 442-1e du Code civil envisage expressément cette possibilité, elle est plus discutée lorsqu'il s'agit d'un majeur sous tutelle ou curatelle[1397].

1105. Une autre difficulté, dont l'affaire tranchée par la Cour de cassation le 24 octobre 2000[1398] est l'illustration, tient à la nécessité, pour le parent qui conserve l'exercice de l'autorité parentale sur la personne et le tuteur aux biens, de travailler ensemble pour mieux assurer la protection de l'enfant. Il appartient au parent qui a été privé de certaines de ses prérogatives du fait d'une mauvaise gestion du patrimoine de son enfant, d'accepter non seulement ce fait, mais en plus de travailler en collaboration avec celui qui exerce dorénavant ses prérogatives. Il est certain que ce ne peut aller le plus souvent sans heurt. Plus spécifiquement, lorsque le ou les parents concernés sont eux-mêmes placés sous un régime de protection, l'explication de la situation est impérative et doit surtout être adaptée à leur degré de compréhension.

1106. Toujours liées à la coexistence d'un régime de tutelle avec l'autorité parentale, les compétences du tuteur ou du conseil de famille peuvent *a priori* également entrer en conflit avec celles des père et mère. Il est légitime de s'interroger sur l'autorité compétente pour déterminer l'établissement scolaire où doit être inscrit le mineur, les personnes qu'il doit ou non côtoyer, les loisirs auxquels il peut s'adonner…[1399]. La réponse à cette question tient au domaine restreint de la tutelle de l'article 391 du Code civil : s'agissant d'une tutelle limitée aux biens, « les articles du texte sur la tutelle conférant au tuteur ou au conseil de famille certains pouvoirs en ce qui concerne la personne du mineur n'auront donc pas à s'appliquer »[1400]. Autrement dit, lorsqu'une tutelle est ouverte sur le fondement de l'article 391 par le juge des tutelles, le tuteur aux biens n'est pas compétent pour prendre soin de la personne, et le conseil de famille ne règle pas les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Les père et mère qui exercent l'autorité parentale restent ainsi seuls compétents pour assurer la protection de la personne de l'enfant. Même face à un éventuel

[1396] Ce qui renvoie alors à l'intérêt de la tutelle complète. *Cf. supra*.
[1397] *Cf. supra* § 641 s.
[1398] Cass. 1re civ., 24 octobre 2000, cité *supra*.
[1399] Sur cette interrogation, M. Bruggeman, thèse préc., n° 511.
[1400] Circ. du 1er juillet 1966, préc., n° 37.

état d'incapacité, cette situation paraît entièrement justifiée. Ils sont par hypothèse en état de manifester leur volonté et seule une carence dans la gestion du patrimoine de l'enfant a pu être caractérisée. Il apparaît ici que l'ouverture d'une tutelle limitée aux biens répond au souci de protection de l'enfant, et la survie de l'autorité parentale au principe du respect des droits des père et mère même incapables.

1107. L'exclusion des articles 449 et 450 de la tutelle de l'article 391 ne règle cependant pas tous les problèmes. Il faut en effet relever qu'aux termes de l'article 454, lors de l'entrée en exercice de « toute tutelle », c'est-à-dire y compris celle de l'article 391, le conseil de famille détermine la part des revenus du pupille qui sera affectée à son entretien et à son éducation. Il opère ainsi un contrôle indirect sur la manière dont le mineur est élevé[1401]. Si cette solution porte atteinte aux prérogatives parentales des parents qui exercent l'autorité parentale, elle répond cependant sans nul doute au souci de protection de l'enfant. Lorsque les père et mère sont placés sous un régime civil de protection, ce rôle donné au conseil de famille trouve un intérêt renforcé.

1108. Une dernière difficulté peut être relevée en cas de coexistence de la tutelle avec l'autorité parentale, qui cette fois ne trouve aucun intérêt même en cas d'incapacité des père et mère. Si la tutelle est dévolue à un tiers, aux termes de l'article 108-2 du Code civil, l'enfant est domicilié chez ce tiers[1402]. Pourtant, dès lors que les parents exercent l'autorité parentale, il aura sa résidence habituelle chez eux. Cette situation ne manquera pas de poser des difficultés pratiques, et surtout d'obliger les parents à travailler en collaboration avec le tuteur aux biens, par exemple pour l'obtention de certains documents administratifs, pour des actions en justice. Il est souhaitable dans cette hypothèse de désigner un tuteur dont le domicile est proche de la résidence des père et mère.

1109. Nonobstant ces dysfonctionnements, la tutelle de l'article 391 du Code civil répond efficacement au souci de protection de l'enfant lorsque les parents ont été privés de l'administration légale. Il peut parfois être nécessaire d'aller plus loin pour garantir la protection de l'enfant, en retirant aux père et mère la titularité de leurs prérogatives. Tel est l'objet du retrait total ou partiel de l'autorité parentale.

[1401] J. Carbonnier, *op. cit.*, vol. 1, n° 311.
[1402] En ce sens, J. Carbonnier, *op. cit.*, vol. 1, n° 311.

CHAPITRE 2 : LE RETRAIT DE L'AUTORITÉ PARENTALE AU PARENT INCAPABLE

1110. Le retrait de prérogatives parentales limitées à l'exercice des droits ne suffit parfois pas à garantir la protection de l'enfant de l'incapable. Dans certaines hypothèses, il est nécessaire de retirer aux parents la titularité de leurs droits sur la personne de l'enfant et par suite de leurs pouvoirs sur son patrimoine. A l'évidence, cette mesure porte une plus grande atteinte aux prérogatives parentales que la perte de l'exercice de l'autorité parentale ou de l'administration légale. Il s'agit du retrait total ou partiel de l'autorité parentale prévue aux articles 378 et suivants du Code civil.

1111. Si les conditions de mise en œuvre de la mesure de retrait de l'autorité parentale sont indifférentes à l'incapacité civile des père et mère, la situation dans laquelle se trouve de tels parents peut correspondre à celle envisagée par l'article 378-1 du Code civil comme donnant lieu au retrait de l'autorité parentale. La mesure est alors particulière en ce qu'elle répond au souci de protéger l'enfant sans cependant s'analyser comme une sanction du ou des parents.

1112. Il convient tout d'abord d'étudier en quoi la décision de retirer l'autorité parentale peut concerner le parent incapable (Section 1), pour ensuite voir comment la protection de l'enfant de l'incapable est assurée à la suite de ce retrait (Section 2).

Section 1 : La décision de retirer l'autorité parentale au parent incapable

1113. Le retrait de l'autorité parentale fait l'objet d'une décision d'un juge civil ou pénal. Ce dernier peut en effet être amené à retirer totalement l'autorité parentale aux père et mère qui « sont 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 »[1403]. En ce cas, la minorité, la tutelle ou la curatelle du parent concerné ne changent rien. L'enfant est protégé contre les père et mère auteurs d'infractions contre lui ou avec lui, indépendamment de leur statut d'incapable ou des causes de leur incapacité.

1114. Les causes du retrait total ou partiel de l'autorité parentale décidé par le juge civil diffèrent sensiblement. Un rapprochement avec les causes de l'incapacité civile des père et père peut être effectué (§ 1). L'objectif de la mesure de retrait est alors de protéger l'enfant contre un certain comportement de son ou ses parents (§ 2).

§ 1. Les causes du retrait de l'autorité parentale

1115. La seule incapacité civile des père et mère ne suffit pas à justifier une décision de retrait total ou partiel de l'autorité parentale. Rien dans le régime de protection des mineurs et des majeurs sous tutelle ou curatelle ne les prive de la titularité de leurs droits parentaux. La capacité parentale, c'est-à-dire l'aptitude à exercer les droits parentaux par les père et mère, qui est toujours présumée[1404], implique par hypothèse la jouissance de ses prérogatives même par le parent civilement incapable.

1116. De même, aucun lien de causalité direct avec les régimes d'incapacité civile n'est envisagé par les dispositions relatives au retrait. Seules deux hypothèses énoncées par l'article 378-1 du Code civil peuvent conduire au retrait : un certain comportement du ou des parents

[1403] Article 378 du Code civil. Et voir l'article 227-28-2 du Code pénal, issu de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, pour les atteintes sexuelles.
[1404] *Cf. supra* § 611.

ayant manifestement mis l'enfant en danger dans sa santé, sa sécurité ou sa moralité (A), ou un désintérêt de la part des parents, pendant plus de deux ans, alors que l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative (B). Ces deux hypothèses doivent être envisagées lorsque le parent est incapable.

A) Le comportement parental constitutif d'un danger manifeste

1117. Aux termes de l'article 378-1 al. 1 du Code civil, le retrait total ou partiel de l'autorité parentale peut concerner 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 ». Il apparaît alors que pour ce qui concerne les conditions relatives aux père et mère, un rapprochement peut être effectué avec les causes de l'incapacité civile (1). Mais l'intérêt de ce rapprochement doit être nuancé par la nécessaire référence à une situation de danger manifeste pour l'enfant (2).

1. Le rapprochement avec les causes de l'incapacité civile

1118. Si les mauvais traitements à enfant ne sont pas causes de placement d'un majeur sous un régime de protection, la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques et l'usage de stupéfiants renvoient à l'une des causes non médicales d'ouverture d'une curatelle, à savoir l'intempérance[1405]. Le fait que ce comportement du parent mette en danger l'enfant compromet par hypothèse l'exécution de ses obligations familiales, condition prévue pour le placement sous curatelle. Ainsi, les causes du retrait total ou partiel de l'autorité parentale peuvent également conduire à placer le parent concerné sous curatelle s'il est majeur ou mineur émancipé. Mais le caractère exceptionnel de cette cause de placement sous un régime de protection[1406], qui *de lege ferenda* doit d'ailleurs disparaître, ne permet pas de poser un principe d'identité de cause entre le retrait et les régimes civils de protection des majeurs.

[1405] Articles 488 al. 3 et 508-1 du Code civil.
[1406] *Cf.* notamment M. Bauer et Th. Fossier, *op. cit.*, p. 360.

1119. Le « manque de direction » qui peut affecter le ou les parents et conduire au retrait total ou partiel de l'autorité parentale paraît plus intéressant. Cette notion renvoie aux aptitudes personnelles de l'intéressé. Elle s'analyse comme une négligence volontaire ou involontaire[1407], comme « l'incapacité à s'occuper des enfants, à assurer leur éducation, à lutter contre leurs mauvais penchants »[1408]. Sur ce fondement, la Cour de cassation[1409] a retiré l'autorité parentale à un père « de personnalité faible, à la limite de la débilité (…), qui s'était montré incapable, face aux excès [de la mère[1410]], d'assurer la protection de l'enfant ». L'inaptitude à exercer les prérogatives parentales due à une altération des facultés, c'est-à-dire à la cause d'un placement sous un régime de protection des majeurs, peut donc donner lieu au retrait total ou partiel de l'autorité parentale si l'enfant est de ce fait manifestement en danger. Le fait que le comportement puisse être involontaire induit une certaine sévérité de la mesure[1411], mais surtout facilite la mise en œuvre de l'article 378-1 même lorsque le ou les parents concernés ne peuvent exprimer une volonté consciente.

1120. Le père ou la mère hors d'état de manifester sa volonté et qui de ce fait a été placé sous tutelle ou curatelle, ou le très jeune parent immature peuvent ainsi être concernés par le retrait total ou partiel de l'autorité parentale non pas du fait de leur statut d'incapable, mais pour les causes de cette incapacité civile. La preuve du « manque de direction », cause de retrait expressément envisagée par l'article 378-1, n'est certes pas rapportée du seul fait du placement du parent concerné sous un régime de protection. Le manque de direction ne saurait être présumé. Mais la tutelle, la curatelle, ou la minorité du parent concerné doivent conduire le juge à s'intéresser plus précisément aux causes de cette incapacité, pour s'assurer que l'intérêt de l'enfant ne doit pas donner lieu au retrait total ou partiel de l'autorité parentale. La pratique ne doit pas manquer de pallier l'absence de lien de causalité entre l'incapacité civile et le retrait de l'autorité parentale.

1121. Les rapprochements effectués entre la mesure de retrait et les régimes de protection des incapables ne permettent pas d'établir le principe d'un lien direct entre les deux. Le retrait de l'autorité parentale prend certes en compte le comportement des parents,

---

[1407] H. Fulchiron, in *Droit de la famille*, Dalloz Action 2001/2002, ss. dir. J. Rubellin Devichi, n° 2019 p. 741.
[1408] H. Fulchiron et A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, août 2004, n° 353.
[1409] Cass. 1re civ., 14 avril 1982 : *Bull. civ.* I, n° 125 ; *D.* 1983, jurisp. p. 294 et *Defrénois* 1983, art. 33022, n° 9, p. 327, obs. J. Massip ; *RD sanit. soc.* 1983, p. 780, obs. P. Raynaud.
[1410] L'arrêt avait principalement pour objet le retrait de l'autorité parentale à la mère qui s'était rendue coupable de violences sur la personne de l'enfant.
[1411] En ce sens, L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, 2004, T. 413, n° 598.

mais toujours au regard de l'intérêt de l'enfant. La cause du retrait de l'autorité parentale réside surtout dans l'existence d'un danger manifeste pour l'enfant.

2. La référence à la situation de danger manifeste pour l'enfant

1122. La caractérisation de ce danger manifeste pour l'enfant est essentielle à la décision de retrait. La première chambre civile de la Cour de cassation[1412] a ainsi cassé un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble pour défaut de base légale, au motif que les magistrats avaient prononcé la déchéance sans rechercher si, « par suite de son comportement ou de son état, la défenderesse [mentalement fragilisée] mettait manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant ». L'essentiel réside donc dans la notion de danger manifeste, et « peu importe que l'incurie reprochée aux parents soit le fait de leur débilité, de leur démence, de leur faiblesse ou de leur volonté »[1413]. Déjà, il apparaît que la mesure ne répond pas au souci de sanctionner le parent concerné, mais que c'est bien la protection de l'enfant qui est au cœur du dispositif. En d'autres termes, l'exigence de la mise en danger manifeste met en exergue la finalité de la mesure de retrait : la protection de l'enfant.

1123. Certes, le danger manifeste pour l'enfant peut reposer sur des carences des parents nées d'une altération de leurs facultés. Des recoupements peuvent alors être effectués par exemple entre un état de débilité justifiant un placement sous tutelle et les situations d'absence totale de prise en charge de l'enfant ou à une maltraitance même involontaire. Les causes de ce danger sont importantes dans la mesure où si le danger doit être réel, c'est-à-dire si le seul risque d'une éventuelle mise en danger ne suffit pas pour décider d'un retrait de l'autorité parentale[1414], il n'est pas nécessaire que ce danger soit réalisé. Ce sont les inaptitudes parentales qui doivent, de par leur importance, conduire de toute évidence à causer un dommage à l'enfant. Dans cette hypothèse, le comportement parental joue un rôle premier dans la causalité de la mesure de retrait. Mais l'inaptitude n'est qu'une cause possible parmi d'autres du danger manifeste pour l'enfant. La mesure est avant tout justifiée par cette situation de danger.

[1412] Cass. 1re civ., 14 juin 1988 : *Bull. civ*. I, n° 186 ; *Defrénois* 1988, art. 34039, p. 1020 et *Gaz. Pal*. 1988, jurisp. p. 797, note J. Massip. Dans le même sens, Cass. 1re civ., 6 mars 2001 : *RJPF* 2001-6/35, obs. A.-M. Blanc. Voir également, laissant l'exercice de l'autorité parentale à un père préalablement condamné pénalement pour atteinte sexuelle sur sa nièce, un danger actuel dans la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant consécutif au comportement de son père n'étant pas démontré : CA Lyon, 2e ch., 22 mai 2001 : *JCP* G 2002, II, 10177, note Th. Garé.

[1413] C. Neirinck, « Autorité parentale. Retrait », *J.-Cl. civ.*, Fasc. 40, 2004, n° 28.

[1414] Cass. 1re civ., 6 juillet 1999 : *Dr. famille* janv. 2000, comm. n° 4, obs. P. Murat.

1124. Un rapprochement avec la situation du parent incapable peut également être effectué pour l'autre cause de retrait total ou partiel de l'autorité parentale envisagée à l'alinéa 2 de l'article 378-1 du Code civil, à savoir pour ce qui concerne le désintérêt volontaire de plus de deux ans alors qu'une mesure d'assistance éducative est ouverte. Mais l'intérêt de cette hypothèse de retrait pour protéger l'enfant de l'incapable elle est alors plus discutable.

B) Le désintérêt volontaire de plus de deux ans pendant une mesure d'assistance éducative

1125. Ce second cas de retrait n'est *a priori* pas conditionné par une condition de danger. Les parents font ici l'objet d'un retrait de leur autorité parentale pour s'être volontairement abstenus pendant plus de deux ans d'exercer les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec la mesure d'assistance éducative dont l'enfant fait l'objet. D'emblée, une difficulté existe quant au caractère nécessairement volontaire que doit revêtir cette abstention et sa compatibilité avec les causes de l'incapacité civile (1). Mais difficulté ne veut pas dire impossibilité, et ce second cas de retrait apparaît pouvoir parfois répondre à la situation dans laquelle le ou les parents sont incapables et ne s'occupent pas de leur enfant, même si son intérêt paraît limité en comparaison de la déclaration judiciaire d'abandon (2).

1. La difficile compatibilité du caractère volontaire du désintérêt avec les causes de l'incapacité civile

1126. Pour conduire au retrait de l'autorité parentale, l'absence d'exercice des attributs de l'autorité parentale laissés effectivement aux père et mère dont l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative doit être volontaire. L'article 378-1 alinéa 2 du Code civil pose expressément cette exigence.

1127. Or l'absence d'exercice des droits et devoirs de l'autorité parentale prend le plus souvent sa source dans les défaillances parentales. C'est par exemple leur faiblesse psychologique, leurs difficultés sociales, leur immaturité, qui les a conduit à ne plus manifester d'intérêt pour leur enfant. Plus spécifiquement, lorsque l'absence d'exercice des attributs de la mesure a pour cause l'impossibilité des père et mère à manifester une volonté

consciente, il n'est pas possible de considérer ce désintérêt comme étant volontaire. Autrement dit, lorsque le parent civilement incapable est hors d'état de manifester sa volonté, le retrait de l'autorité parentale prévue à l'alinéa 2 de l'article 378-1 du Code civil n'est pas envisageable. Reste alors à déterminer le degré d'impossibilité à manifester sa volonté exigé. La difficulté consiste à savoir s'il faut admettre que tout individu, même placé sous tutelle, est présumé pouvoir exprimer une volonté consciente pour manifester un intérêt pour ses enfants ou s'il faut présumer de cette impossibilité et ainsi faire obstacle à tout retrait de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 378-1 al. 2 lorsque le parent concerné est sous tutelle.

1128. Dans ce domaine, la jurisprudence refuse de prononcer le retrait de l'autorité parentale sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 378-1 lorsque le non-exercice des prérogatives parentales trouve sa cause dans les troubles psychiatriques qui affectent le parent[1415]. De tels troubles rendent involontaire l'abstention dans l'exercice des prérogatives parentales. La solution paraît conforme à l'idée selon laquelle la mesure de retrait ne s'analyse plus comme une sanction des père et mère, mais seulement comme une mesure de protection de l'enfant[1416]. Or de tels troubles peuvent à l'évidence être cause d'un placement sous un régime de protection, et notamment sous tutelle, sans qu'il y ait cependant, il est vrai, aucun automatisme. Ainsi, certaines causes de placement sous un régime de protection sont incompatibles avec le caractère volontaire que doit revêtir l'abstention dans l'exercice des prérogatives parentales au sens de l'article 378-1 al. 2 du Code civil. Pour autant, l'incapacité civile, en elle-même, ne suffit pas à empêcher ce type de retrait. Il faut rapporter la preuve de l'impossibilité pour le parent concerné d'exprimer son intérêt pour l'enfant, et l'existence d'un régime de protection, même d'une tutelle, ne crée ici aucune présomption. En effet, dès lors que l'incapacité civile ne conduit pas de plein droit à priver le parent incapable, même sous tutelle, de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant, elle ne suffit par suite pas à établir l'impossibilité effective d'exercer ces prérogatives. A défaut, le système serait totalement incohérent, donnant en droit ce qu'il refuse dans les faits.

[1415] Cass. 1re civ., 13 janvier 1998 : *JCP* G 1998, I, 151, n° 6, obs. Y. Favier ; *Dr. famille* 1998, comm. n° 97, obs. P. Murat.
[1416] *Cf. infra* § 1136 s.

1129. Cette solution s'apparente à celle retenue en matière de déclaration judiciaire d'abandon prévue à l'article 350 du Code civil[1417]. La jurisprudence exige en effet que le désintérêt manifeste soit volontaire, ce qui conduit ainsi à refuser aux parents affectés d'une inaptitude volitive le bénéfice de cette mesure[1418]. La controverse[1419] existant en matière de déclaration judiciaire d'abandon n'est cependant pas transposable à l'abstention conditionnant le retrait de l'autorité parentale. L'article 378-1 al. 2 exige expressément que l'absence d'exercice des prérogatives parentales, c'est-à-dire le désintérêt, soit volontaire. Sans nul doute, les parents débiles, placés en hôpitaux psychiatriques, ou tout simplement hors d'état de manifester leur volonté ne peuvent, en aucune façon, relever de cette mesure de retrait. Toutefois, si leur abstention met l'enfant en danger, le retrait de l'autorité parentale pourra toujours être décidé sur le fondement de l'alinéa 1 de l'article 378-1 du Code civil.

1130. Le caractère volontaire du désintérêt sera donc difficile à rapporter pour les parents incapables, surtout pour les majeurs placés sous un régime de protection comme la tutelle, dont la volonté est, par hypothèse, fortement altérée. Mais cette difficulté ne signifie pas que les parents incapables ne peuvent jamais relever de cette disposition. Un parent mineur, majeur sous curatelle ou même sous tutelle peut être apte à exprimer une volonté consciente en matière d'exercice de l'autorité parentale. En ce cas, s'il s'abstient d'agir pendant deux ans alors que son enfant est placé sous assistance éducative et donc qu'il exerce encore l'autorité parentale, ses prérogatives parentales pourront lui être retirées sur le fondement de l'article 378-1 du Code civil. Mais d'emblée, l'intérêt d'une telle mesure paraît limité, par l'importance de ce délai de deux ans, comparativement au délai d'une année exigé pour la déclaration judiciaire d'abandon.

[1417] Et ce nonobstant la modification apportée à l'article 350 du Code civil par la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, qui a supprimé l'exception de grande détresse et ainsi autorisé la déclaration judiciaire d'abandon de l'enfant quelles que soient les difficultés des père et mère.

[1418] *Cf. supra* § 553. CA Paris, 10e ch., 8 juin 1973 : *JCP* G 1974, II, note S. Bétant-Robet ; *RD sanit. soc.* 1973, p. 562, obs. P. Raynaud. Cass. 1re civ., 23 octobre 1973 : *D.* 1974, p. 135, note C. Gaury ; *JCP G* 1974, II, 17689, note E.S. de la Marnierre ; Cass. 1re civ., 3 octobre 1978 : *RD sanit. soc.* 1979, p. 279, note P. Raynaud ; Cass. 1re civ., 29 octobre 1979 : *RD sanit. soc.* 1980, n° 3, p. 148, obs. P. Raynaud ; Cass. 1re civ., 20 novembre 1985 : *RTD civ.* 1986, p. 731, obs. J. Rubellin-Devichi. Voir également H. Riviérez, *JO* Déb. Ass. Nat., séance du 2 décembre 1976, p. 8910, 2e col. *in fine* ; P. Salvage-Gerest, « L'article 350, alinéa 1er, du Code civil, cinquième version », Dr. famille 2005, Alerte 61 ; « Genèse d'une quatrième réforme, ou l'introuvable article 350, alinéa 1er, du Code civil », *AJ famille* 2005, p. 350.

[1419] *Cf.* P. Verdier, « Lecture actuelle de l'article 350 », *RD sanit. soc.* 1975, p. 400 spéc. p. 407 et s. et *RD sanit. soc.* 1977, p. 170 ; C. Allaer, art. préc., n° 8 et s., pour qui s'est rajouter au texte de l'article 350 que d'exiger que le désintérêt soit volontaire et conscient.

2. L'intérêt limité de la déclaration judiciaire d'abandon à la suite du désintérêt volontaire des parents

1131. D'un côté, aux termes de l'article 350 du Code civil, le désintérêt manifeste envers l'enfant pendant une année permet au juge de le déclarer abandonné, ce qui a pour effet de le rendre adoptable. D'un autre côté, aux termes de l'article 378-1 al. 2, l'absence d'exercice des attributs de l'autorité parentale doit avoir durée deux ans pour autoriser le juge à retirer l'autorité parentale. De prime abord, le retrait de l'autorité parentale de l'article 378-1 al. 2 du Code civil paraît donc d'un intérêt limité. Sa mise en œuvre ne serait utile que si les conditions d'application de l'article 350 ne sont pas remplies. Or ces deux mesures, reposant sur une base commune qui est le désintérêt envers l'enfant, peuvent sembler contradictoires.

1132. La contradiction n'est cependant qu'apparente. D'un côté, le désintérêt de l'article 378-1 al. 2 du Code civil a pour objet d'inciter les parents à ne pas rompre tout contact avec leur enfant lorsque celui-ci fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, de les inciter à « jouer le jeu » de l'assistance éducative. D'un autre côté, le recours à l'article 350 du Code civil ne se justifie que par la volonté de rendre l'enfant adoptable, finalité à laquelle ne répond pas immédiatement l'article 378-1 al. 2, sauf à ce que l'enfant ait été remis à l'aide sociale à l'enfance. L'idée de protection qui justifie le retrait de l'autorité parentale diffère ainsi de celle qui justifie la déclaration judiciaire d'abandon. La mesure se situe à un degré différent de protection. L'intérêt du retrait de l'autorité parentale pour absence d'exercice des prérogatives parentales pendant deux ans alors que l'enfant fait l'objet d'une assistance éducative n'est donc pas inexistant.

1133. Il faut également garder à l'esprit que cette mesure de retrait de l'autorité parentale, même si elle n'est pas conditionnée par le danger de l'enfant, revêt une importante gravité et doit donner lieu à une application modérée. C'est pourquoi il est difficile de rapporter la preuve, notamment envers des parents incapables, du caractère volontaire de l'absence d'exercice des prérogatives. Dans le souci de protéger au mieux l'enfant, cette difficulté ne doit cependant pas être insurmontable : sans avoir à caractériser un danger pour l'enfant, il faut pouvoir établir que cette abstention est faite en conscience et est contraire à l'intérêt de l'enfant. Autrement dit, l'exigence de respect des prérogatives parentales doit s'effacer devant l'impératif de protection de l'enfant lorsque les parents, même s'ils sont mentalement fragilisés, n'assument plus leurs obligations.

1134. Cette idée de protection de l'enfant est essentielle. L'enfant est au cœur du dispositif. La mesure a pour objet de protéger l'enfant contre son parent incapable et non de sanctionner ce dernier.

§ 2. Le souci de protéger l'enfant par le retrait de l'autorité parentale au parent incapable

1135. Le retrait de l'autorité parentale revient à préférer un tiers pour assurer la protection de l'enfant en lieu et place des parents eux-mêmes. Les causes du retrait peuvent alors conduire à s'interroger sur la finalité de la mesure, c'est-à-dire à se demander s'il s'agit d'une mesure de protection de l'enfant ou d'une mesure de sanction des parents. Si la jurisprudence et la doctrine retiennent à raison la première solution (A), l'idée de sanction n'est pas totalement exclue : cette protection paraît être assurée contre le comportement fautif de ses parents (B).

A) Une mesure protectrice de l'enfant

1136. L'abandon de la terminologie de « déchéance » au profit de celle de « retrait total ou partiel de l'autorité parentale » par la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, illustre la priorité donnée à la protection de l'enfant sur l'idée de sanction du ou des parents[1420]. La « déchéance » se définit en effet comme « la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc. »[1421]. Le changement de terminologie fait suite à la volonté exprimée par le Professeur Mattei d'effacer l'idée de culpabilité et de ne laisser que celle de protection de l'enfant[1422].

[1420] En ce sens, Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 2004, n° 1358.
[1421] *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, Ass. Henri Capitant, PUF, Coll. Quadrige, 7e éd., 2005. Voir également O. Sautel, « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause), *D.* 1999, chron. p. 487, spéc. n° 4 et s. p. 488, pour qui « celui qui est déchu est *puni* ».
[1422] Sur ce point, J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 203.

1137. En effet, bien avant le législateur, la jurisprudence, suivie sur ce point par la doctrine[1423], statuait déjà en ce sens. Dans un arrêt du 14 avril 1982, la première chambre civile de la Cour de cassation a expressément énoncé que « la déchéance ne constitue pas une sanction, mais une mesure de protection vis-à-vis de l'enfant »[1424]. De même et toujours sous l'empire de l'ancienne terminologie, la chambre criminelle de la Cour de cassation a qualifié le retrait de l'autorité parentale de « mesure civile de protection des enfants »[1425]. Cette même chambre, dans un arrêt du 21 octobre 1992, a pu retenir la déchéance même lorsque les parents n'exercent pas l'autorité parentale[1426]. Il ne peut alors pas s'agir d'une sanction : les parents n'exerçant pas leurs droits, ils ne peuvent commettre de faute.

1138. La supériorité de l'idée de protection sur celle de sanction est un atout dans le système de protection de l'enfant d'un parent incapable. Sur ce fondement, la Cour de cassation a pu censurer un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble qui avait refusé de prononcer le retrait total de l'autorité parentale au regard de l'état mental du parent concerné tout en reconnaissant que la mesure constituait une protection vis-à-vis de l'enfant[1427]. Donner à la mesure de retrait une finalité protectrice pour l'enfant a pour conséquence de rendre possible son prononcé même lorsque le comportement parental qui a créé l'état de danger manifeste dans lequel se trouve l'enfant a pour cause l'altération des facultés mentales de ce parent.

1139. Ainsi, « d'institution traduisant une sanction totale, absolue et parfois automatique de certains comportements du détenteur de la puissance paternelle, [la mesure de retrait] est devenue, en 1970, essentiellement une mesure de protection de l'enfant, en principe provisoire, susceptible d'être partielle, circonscrite à certains enfants et facultative pour le juge »[1428]. Toutefois, la priorité faite à l'idée de protection de l'enfant ne doit pas automatiquement se comprendre comme étant exclusive de celle de sanction du ou des parents. Si, d'une manière générale, « la proclamation des droits de l'enfant et le souci de plus

[1423] H. Fulchiron, *Rép. civ. Dalloz*, V° Autorité parentale, n° 384 ; F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2005, n° 1085 ; G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8e éd., 2003, n° 79 ; C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron. p. 1, n° 112 ; C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984, n° 468.
[1424] Cass. 1re civ., 14 avril 1982 : *Bull. civ.* I, n° 125, p. 110 ; *Defrénois* 1983, art. 33022, n° 9 et *D.* 1983, jurisp. p. 294, obs. J. Massip ; *RD sanit. soc.* 1983, p. 780, obs. P. Raynaud.
[1425] Cass. crim., 14 octobre 1992 : *RTD civ.* 1993, p. 340, obs. J. Hauser ; *D.* 1993, IR, 1. Voir également Cass. 1re civ., 15 mars 1990 : *Gaz. Pal*. 1990, 2, p. 173.
[1426] Cass. crim., 21 octobre 1992 : *RTD civ.* 1993, p. 340, obs. J. Hauser ; *D.* 1993, IR, p. 7.
[1427] Cass. 1re civ., 14 juin 1988 : *Bull. civ.* I, n° 186 ; *Defrénois* 1988, art. 34039, p. 1020 et *Gaz. Pal.* 1988, jurisp. p. 797, obs. J. Massip.
[1428] L. Gareil, *op. cit.*, n° 595.

en plus affirmé de faire de son intérêt le critère essentiel des décisions qui le concernent font passer les droits des père et mère au second plan »[1429], cela ne les empêche pas de rester concernés par les mesures qui affectent leur autorité parentale. En d'autres termes, si l'idée de protection de l'enfant s'attache aujourd'hui à titre principal à la mesure de retrait, elle n'est pas obligatoirement exclusive de toute autre finalité, et notamment de celle de sanction.

B) La survie de l'idée de sanction

1140. Le changement opéré par la loi de 1996 n'est que terminologique, les règles applicables sont restées les mêmes. Le retrait de l'autorité parentale constitue toujours une importante atteinte aux prérogatives des père et mère, ce qui rend difficile le rejet pur et simple de l'idée de sanction à leur égard.

1141. La survie de l'idée de sanction dans la mesure de retrait apparaît tout d'abord à travers l'article 379 al. 4 du Code civil, qui dispose que le retrait total ou partiel de l'autorité parentale emporte pour l'enfant dispense de l'obligation alimentaire. Certes, le tribunal peut en décider autrement et cette dispense d'obligation alimentaire peut se justifier par l'absence de prise en charge de l'enfant par ses parents. Toutefois, ce principe révèle aussi une volonté de sanctionner le parent pour son comportement qui a mis l'enfant en danger. Le parent concerné subit les conséquences de ses actes : il perd ses prérogatives et le bénéfice de la solidarité familiale imposée en principe par le législateur.

1142. Une analyse plus approfondie conduit ensuite à justifier l'idée de sanction des père et mère par le souci de l'intérêt de l'enfant. Le retrait s'analyse alors comme une « mesure de sûreté dans l'intérêt de l'enfant »[1430]. Un auteur parle à juste titre à ce sujet de « sanction-protection »[1431]. En mettant fin à la prééminence du droit pénal au sein de la mesure de déchéance telle que la prévoyait la loi du 24 juillet 1889, la loi du 4 juin 1970 n'a pas en effet fait disparaître toute idée de sanction. Si la qualification de peine doit être écartée, la notion de faute des parents ne peut être entièrement niée[1432], ce qui justifie la distinction opérée avec la délégation. De même, le retrait total ou partiel de l'autorité parentale ne doit

[1429] P. Raynaud, « La puissance paternelle et l'assistance éducative », Mélanges Savatier, Dalloz, 1965, p. 807 et s.
[1430] M. Gobert, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* G 1971, I, 2421, n° 10.
[1431] C. Desnoyer, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, L'Harmattan, 2001, n° 250.
[1432] R. Legeais, *L'autorité parentale*, Defrénois, 1970, n° 210.

être décidé qu'en cas d'échec ou d'inutilité de la mesure d'assistance éducative. Les Professeurs Marty et Raynaud ont ainsi pu affirmer, mais il est vrai avant la réforme terminologique de 1996, que « la déchéance a un caractère sanctionnateur de la faute des parents que l'assistance éducative ne comporte pas », tout en admettant déjà que la mesure s'analyse à titre principal comme une mesure de protection de l'enfance[1433].

1143. L'idée de sanction survit donc à la priorité faite à la protection de l'enfant[1434]. Certains auteurs parlent même encore principalement de sanction pour désigner la mesure de retrait de l'autorité parentale[1435]. Les parents perdent leurs prérogatives habituelles, voire aussi exceptionnelles, leur droit à aliments. Ne subsistent que les conséquences liées à la filiation, à savoir principalement les droits successoraux. La protection de l'enfant paraît alors être assurée contre ses parents, du fait de leur comportement fautif l'ayant mis en danger.

1144. Ainsi, la décision de retirer l'autorité parentale peut correspondre à certaines difficultés rencontrées lorsque le parent est incapable, même si les causes de cette incapacité en rendent parfois difficile le prononcé. Elle répond au souci de protection de l'enfant ; elle permet de mettre en place un nouveau mode de protection de l'enfant.

Section 2 : Les effets du retrait de l'autorité parentale au parent incapable

1145. Les effets du retrait de l'autorité parentale peuvent être étudiés sous deux aspects. Pour protéger l'enfant, il apparaît que la mesure prive le ou les parents de la titularité de leurs prérogatives parentales, donc d'un droit ou d'un pouvoir en son entier et non seulement de son exercice. Il en découle la possibilité de mettre en place un nouveau régime de protection pour l'enfant.

[1433] G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, T. 1, 3e éd., 1976, n° 250.
[1434] En ce sens, L. Gareil, *op. cit.*, n° 600 ; C. Neirinck, *J.-Cl. civ.* préc., art. 371 à 387, Fasc. 40, spéc. n° 2.
[1435] A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, Litec, 11e éd., 2003, n° 840.

1146. La protection de l'enfant de l'incapable est ainsi assurée par le retrait des prérogatives au parent dont le comportement le met en danger (§ 1) et par l'instauration d'un nouveau régime de protection (§ 2).

§ 1. Les prérogatives parentales retirées

1147. Aux termes des articles 379 et 379-1 du Code civil, le retrait de l'autorité parentale peut être total (A) ou partiel, c'est-à-dire limité aux attributs que le juge spécifie (B).

A) Le retrait total de l'autorité parentale

1148. Le retrait total de l'autorité parentale porte sur tous les attributs de celle-ci, tant patrimoniaux que personnels[1436] (1). Même s'il relève d'un régime de protection des incapables, le parent concerné par le retrait total de l'autorité parentale ne peut être représenté pour l'exercice de ces prérogatives : il est privé de leur titularité (2).

1. Le retrait de tous les attributs de l'autorité parentale

1149. L'atteinte portée aux prérogatives parentales revêt une extrême gravité. Non seulement privé de l'exercice de ses droits et pouvoirs, le parent concerné ne jouit plus de l'autorité parentale. Il est en conséquence privé des prérogatives fondamentales que sont le droit de consentir à l'adoption, au mariage et à l'émancipation de l'enfant. Il ne participe en aucune manière à la protection de l'enfant et n'en assume plus non plus la responsabilité sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil.

1150. Cependant, une nuance peut être apportée à la gravité de la mesure de retrait de l'autorité parentale. Certes, les droits comme les pouvoirs reconnus aux parents sont affectés, mais le fondement de l'autorité parentale, à savoir la filiation, n'est pas remis en cause. Seule la réalisation d'autres conditions, telle la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance en tant que pupille de l'Etat, peut le rendre adoptable et peut rompre le lien de filiation. En conséquence, le parent qui s'est vu retirer totalement l'autorité parentale conserve ses droits

[1436] Article 379 du Code civil.

successoraux et reste tenu de son obligation alimentaire[1437]. L'enfant est en revanche, en principe, déchargé de cette obligation[1438].

1151. Le fait que le lien de parenté reste intact conduit à envisager la reconnaissance d'un droit de correspondance voire de visite au bénéfice du parent qui a fait l'objet de la mesure de retrait total, ainsi que de s'interroger sur la survie de l'obligation d'entretien.

1152. L'obligation d'entretien est prévue par l'article 203 du Code civil. Si cette obligation est souvent rattachée à l'exercice de l'autorité parentale, une partie de la doctrine préfère la faire découler de la parenté même[1439]. Dans cette hypothèse, et en l'absence de disposition contraire comparable à celle de l'article 375-8 du Code civil[1440], l'obligation d'entretien n'est pas affectée par le retrait même total de l'autorité parentale. Plusieurs auteurs relèvent d'ailleurs que l'article 379 al. 2 du Code civil, qui dispose que le retrait total de l'autorité parentale emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, permet de déduire *a contrario* le maintien des autres règles régissant l'obligation alimentaire et donc plus largement de l'obligation d'entretien pour les parents[1441]. Ainsi, il est possible d'affirmer que le retrait total de l'autorité parentale, s'il porte sur tous les attributs, laisse cependant subsister l'obligation d'entretien. Comme le souligne le Professeur Dominique Fenouillet, « vitale pour l'enfant et très importante pour la société (qu'elle dispense d'une charge patrimoniale) l'obligation alimentaire échappe naturellement à la volonté du parent : elle existe dès que la filiation est légalement établie, peu importe que la volonté parentale prospère ou disparaisse ensuite »[1442].

1153. Il en de même du maintien d'un droit de correspondance voire de visite qui subsistent malgré le retrait total de l'autorité parentale. La reconnaissance d'un droit de correspondance ne soulève pas de difficulté. Il est vrai qu'à partir de l'article 371-4, un tel droit peut être accordé aux grands-parents, qui par hypothèse ne sont pas titulaires de

---

[1437] *Cf.* sur ce point notamment C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984, n° 481, p. 388.
[1438] Article 379 al. 2 du Code civil.
[1439] Voir notamment M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.* n° 600.
[1440] Qui prévoit que « les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie ».
[1441] M.-L. Delfosse-Cicile, *op. cit.* n° 602 ; P. Verdier, *L'autorité parentale : le droit en plus*, Bayard éditions, Coll. Travail social, 1993, p. 94.
[1442] D. Fenouillet, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 545.

l'autorité parentale sur l'enfant. Il peut donc en être de même pour le parent qui a fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale, si cette correspondance n'est bien évidemment pas contraire à l'intérêt de l'enfant. Or lorsque le retrait a pour motif la mise en danger de l'enfant du seul fait de l'altération des facultés du ou des parents, le maintien d'une correspondance semble répondre à son intérêt. La survie du lien de filiation justifie de ne pas totalement couper les liens entre le parent concerné et l'enfant. La jurisprudence est même déjà allée plus loin, en accordant un droit de visite au parent ayant fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale[1443]. Certains auteurs estiment d'ailleurs qu'à l'instar de l'obligation d'entretien, le droit de correspondance et de visite découle du lien de filiation[1444]. Ainsi, le lien de filiation justifie-t-il à lui seul le maintien du droit de visite. Seul l'intérêt contraire de l'enfant doit conduire à refuser l'exercice d'un tel droit, mais la preuve de cet intérêt n'a pas à être rapportée pour l'octroi de ce droit au parent concerné.

1154. Le retrait total de l'autorité parentale laisse subsister le lien de filiation et ne fait pas obstacle à l'affection pouvant encore exister entre l'enfant et le parent concerné par la mesure de retrait. Il n'empêche que la mesure revêt une importante gravité, en ce que le retrait porte sur la titularité des prérogatives parentales, que nul ne pourra exercer au nom du parent concerné, même s'il est représenté pour tous les actes de la vie civile du fait de son incapacité.

2. L'impossibilité de représenter le parent incapable dont l'autorité parentale a été retirée

1155. Par l'effet du retrait total de l'autorité parentale, le ou les parents sont privés de la titularité de leurs prérogatives. Ce retrait, bien que détaché de l'incapacité civile dont relève le parent concerné, met fin à la capacité parentale reconnue à ce dernier[1445]. Tout père et mère, même civilement incapable, peut en principe en effet exercer sa capacité parentale, ce qui suppose qu'il est titulaire de prérogatives. Or pour avoir la capacité d'exercice, il faut également avoir la capacité de jouissance. En lui retirant l'autorité parentale, l'article 378-1 du Code civil constate ainsi son inaptitude à jouir de cette prérogative. Ses effets correspondent à ceux d'une incapacité parentale de jouissance.

[1443] Cass. 1re civ., 27 octobre 1964 : *Bull. civ*. I, n° 475 ; *JCP* G 1965, II, 14166, note G. Viney, qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 janvier 1961 : *JCP* G 1961, II, 12173, note P. Raynaud, qui avait accordé un tel droit de visite « afin de concilier la nécessité d'assurer la sauvegarde des mineurs et celle de ne pas rompre tout lien affectif entre ces derniers et leur mère ».

[1444] M.-L. Delfosse-Cicile, *op. cit.*, n° 606 ; G. Viney, « Du droit de visite », *RTD civ.* 1965, p. 234, n° 10 et s. ; P. Guiho, « Essai d'une théorie générale du droit de visite », *JCP* 1952, I, 963, n° 18, qui y voit « un droit indépendant qui s'enracine dans la parenté elle-même ».

[1445] Sur cette notion, *cf*. 1re partie, Titre 2, chapitre 2.

1156. Le retrait total de l'autorité parentale ne peut donner lieu à aucune représentation du parent déchu. Les prérogatives qui étaient les siennes dans le cadre de l'autorité parentale ne sont pas exercées par un tiers, notamment par son tuteur, ni même par l'autre parent. Privé de la titularité de l'autorité parentale, nul n'assure ses droits et pouvoirs à sa place.

1157. Cette solution est le pendant de l'absence d'effet, en elle-même, de l'incapacité civile sur les causes de retrait de l'autorité parentale. En effet, quelle que soit l'hypothèse de retrait envisagée, que ce retrait soit fondé sur un comportement parental constitutif d'un danger manifeste pour l'enfant ou qu'il soit la conséquence d'un désintérêt volontaire de plus de deux ans alors que l'enfant fait l'objet d'une assistance éducative, la cause de la mesure ne réside pas dans l'incapacité du parent concerné[1446]. Ne jouant pas pour la cause du retrait, l'incapacité ne doit donc pas jouer non plus pour ses effets. Par conséqient, le régime de protection du parent incapable ne doit pas être mis en oeuvre pour l'exercice des prérogatives qui lui sont retirées.

1158. L'impossibilité pour le parent incapable à qui l'autorité parentale a été retirée de se faire représenter dans l'exercice de ses prérogatives parentales n'est pas propre à l'hypothèse de retrait total. Il en est de même en cas de retrait partiel.

B) Le retrait partiel de l'autorité parentale

1159. Aux termes de l'article 379-1 du Code civil, à la différence du retrait total, le retrait partiel de l'autorité parentale se limite aux seuls attributs que le juge spécifie, qu'ils soient patrimoniaux ou personnels (1). D'une portée moins grave que le retrait total, le retrait partiel peut cependant être difficile à concilier avec la survie de la capacité parentale du parent incapable (2).

1. Un retrait adapté par le juge

1160. La possibilité offerte au juge de ne faire porter le retrait que sur certains attributs permet de tempérer la rigidité d'une mesure de retrait total de l'autorité parentale. Elle révèle le souci constant de protéger l'enfant tout en respectant aux mieux les droits fondamentaux

[1446] *Cf. supra*.

des parents et notamment les droits et pouvoirs qu'ils détiennent au titre de l'autorité parentale. Le juge peut ici véritablement s'adapter à la situation. Avant l'abandon de la terminologie de déchéance, un auteur parlait ainsi à juste titre de la mesure de retrait partiel comme d'un « diminutif de la déchéance à portée variable »[1447].

1161. Surtout, l'existence de la mesure de retrait partiel consacre la divisibilité de l'autorité parentale. La possibilité de dissocier certaines prérogatives en les retirant aux parents tout en leur en laissant d'autres, même dans leur exercice, montre que l'autorité parentale n'est pas une institution uniforme, mais une multitude de prérogatives reliées entre elles par une finalité commune : la protection de l'enfant. Lorsque le titulaire de l'une de ses prérogatives n'est plus à même de respecter cette finalité, mais qu'il répond à ses devoirs dans la titularité voire dans l'exercice de ses autres droits et pouvoirs, rien ne permet de les lui retirer. Derrière ce respect des prérogatives parentales se dessine alors la véritable finalité de la mesure de retrait partiel : l'intérêt de l'enfant, dont les liens avec ses parents doivent être préservés au mieux[1448].

1162. Le pouvoir donné ici au juge est cependant assez limité en pratique. Le plus souvent, seul le droit de garde est enlevé aux parents[1449]. Il est vrai que l'on « ne voit guère que la garde qui puisse être détachée de l'autorité parentale et déléguée à un tiers »[1450]. Cette affirmation est encore plus vraie lorsque le retrait concerne un parent incapable. Le retrait du droit de garde, même s'il n'est aujourd'hui plus énoncé à titre distinctif comme une prérogative de l'autorité parentale, répond parfaitement à une situation dans laquelle le parent est hospitalisé sans retour possible à domicile, mais où il est apte à participer pour le reste à la protection de son enfant.

1163. Cet exemple révèle cependant la limite de la mesure de retrait partiel. Destinée à protéger l'enfant en maintenant au maximum les liens avec ses parents, elle bloque par la même sa situation. Son adoption est impossible, et un risque de conflit entre la famille d'accueil et le parent qui reste titulaire des autres prérogatives de l'autorité parentale n'est pas

[1447] R. Legeais, *L'autorité parentale*, Defrénois, 1973, n° 228.
[1448] *Cf.* sur ce point *supra* § 1028.
[1449] En ce sens, M.-L. Delfosse-Cicile, *op. cit.*, n° 576.
[1450] Ph. Simler, « La notion de garde de l'enfant (sa signification, son rôle au regard de l'autorité parentale) », *RTD civ.* 1972, p. 685, spéc. p. 699, n° 11.

à négliger[1451]. C'est d'ailleurs pour ce motif que certains auteurs prônent la suppression de la mesure de retrait partiel de l'autorité parentale, arguant de l'existence d'autres solutions moins problématiques telles que l'assistance éducative[1452]. Cependant, seul le retrait partiel de l'autorité parentale permet de priver le parent concerné de la titularité de certaines prérogatives et non de leur seul exercice. Surtout, le retrait partiel permet, tout en privant les parents de l'ensemble de leurs prérogatives, de leur laisser le droit de consentir à l'adoption, au mariage et à l'émancipation de leur enfant, c'est-à-dire d'intervenir dans les décisions les plus graves et ainsi de ne pas être totalement mis à l'écart comme ils le seraient en cas de retrait total. De ce point de vue, le retrait partiel offre une alternative entre une mesure d'assistance éducative ou la perte de l'exercice de l'autorité parentale et le retrait total. La mesure trouve d'autant plus sa place et son sens en cas d'incapacité du ou des parents. Ecarté du quotidien, le parent incapable retrouve son rôle pour les décisions ayant des conséquences sur l'existence de l'autorité parentale ou sur le lien même de filiation. C'est alors au juge qu'il appartient de déterminer si le parent concerné dispose de l'aptitude suffisante pour prendre ces décisions, ce qui peut paraître il est vrai ambigu, dès lors qu'il a par définition été jugé inapte à prendre les bonnes décisions au quotidien.

1164. Quelle que soit l'organisation décidée par le juge, le principe consiste donc à ce que le parent, dont l'autorité parentale est partiellement retirée conserve certaines prérogatives. Il continue à jouir d'une partie de sa capacité parentale, voire à l'exercer. Cette cohabitation forcée dans la protection de l'enfant ne va pas sans poser des problèmes d'organisation, dont le juge doit avoir conscience au moment de se prononcer sur les prérogatives qu'il décide de laisser au parent concerné.

2. La survie de la capacité parentale

1165. En cas de retrait partiel de l'autorité parentale, la protection de l'enfant est assurée par une pluralité de personnes, et ce de manière complémentaire et non pas conjointe. Lorsqu'un tuteur est nommé à l'enfant, il a un domaine de compétence limité aux prérogatives retirées aux parents, et à l'intérieur duquel il prend seul les décisions, sauf à ce que la nature de l'acte conduise à faire intervenir le conseil de famille ou le juge des tutelles. Il en est de même du parent, pour les prérogatives qu'il conserve.

[1451] Sur ce point, C. Neirinck, thèse préc., n° 149 p. 136.
[1452] M.-L. Delfosse-Cicile, *op. cit.*, n° 584.

1166. Le retrait partiel de l'autorité parentale conduit ainsi à la mise en place d'un système particulier. Le parent concerné conserve toujours sa capacité parentale. Certaines limites lui sont apportées dans l'intérêt de l'enfant, mais pour certaines prérogatives seulement. L'instauration d'un régime tutélaire qui neutralise en principe l'autorité parentale, ne fait ici que pallier l'inaptitude parentale tout en laissant subsister une partie de l'autorité parentale.

1167. Le ou les parents concernés par une mesure de retrait partiel conservent ainsi par principe leur capacité. Mais l'exercice de cette capacité peut être limité, dans l'intérêt de l'enfant, objet de la protection. Telle est la finalité de la mesure de retrait. Le retrait partiel doit être décidé lorsqu'il est constaté que dans certains domaines, le ou les parents ne parviennent plus à poursuivre la finalité de l'intérêt de l'enfant. Cette mission est alors confiée à un tiers, sans que les prérogatives parentales soient affectées. Mais les prérogatives retirées le sont dans leur intégralité, c'est-à-dire que le parent concerné n'en est plus titulaire.

1168. Toutefois, une certaine concertation s'impose entre les intervenants. Si un tuteur est désigné, il devra admettre le rôle joué par les parents et les solliciter lorsque la décision à prendre ne relève pas des prérogatives qui leur ont été retirées. Cette solution n'est pas sans difficulté : lorsque les parents refusent de se prononcer, le tuteur doit saisir le juge des tutelles du problème. La multiplication des intervenants dans la protection de l'enfant alourdit le dispositif et risque alors de réduire l'efficacité de cette protection.

1169. Ainsi, l'ensemble du dispositif de retrait de l'autorité parentale s'explique par la finalité de la mesure, à savoir la protection de l'enfant. Lorsque le parent est incapable, le retrait total ou partiel de l'autorité parentale a pour effet de permettre la mise en place d'un nouveau régime de protection pour l'enfant.

§ 2. La protection de l'enfant à la suite du retrait de l'autorité parentale

1170. A la suite du retrait de l'autorité parentale, la protection de l'enfant peut relever de deux situations différentes. D'une part, la mesure de retrait peut ne concerner qu'un seul parent. Dans ce cas, aux termes des articles 373-1 et 380 du Code civil, une dévolution est opérée en faveur de l'autre (A). D'autre part, lorsque l'autre parent est décédé ou a perdu

l'exercice de l'autorité parentale, ou lorsque la mesure concerne les deux parents, la juridiction saisie peut faire le choix de nommer un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié, ce tiers devant requérir l'organisation de la tutelle, ou directement confier l'enfant à l'aide sociale à l'enfance (B).

A) La protection assurée par l'autre parent

1171. Lorsque seul un des parents fait l'objet d'un retrait de l'autorité parentale, la mesure revêt une portée différente selon que les père et mère partagent ou non toujours une communauté de vie. En effet, si l'intérêt d'une telle dévolution se comprend lorsque le parent qui fait l'objet du retrait ne partage plus le quotidien de l'enfant (2), l'efficacité de ce retrait peut être discutée[1453] lorsque le parent concerné reste présent et exerce toujours une pouvoir de fait (1).

1. La dévolution de l'autorité parentale sans séparation du couple parental

1172. Dans cette hypothèse, la communauté de vie ou plus généralement la simple prise de décision au quotidien semble vider de sens le retrait de l'autorité parentale avec dévolution à l'autre parent. Le père ou la mère qui n'est plus titulaire de l'autorité parentale et qui ne devrait donc avoir avec l'enfant que des relations liées à la survie de son lien de filiation, risque de continuer à intervenir au quotidien, bien qu'il ait été considéré comme inapte à répondre au souci de sa protection. La dévolution sans séparation mérite cependant d'être envisagée ici en ce qu'elle peut être une réponse à l'incapacité civile des père et mère, surtout en cas de retrait partiel de l'autorité parentale.

1173. Il est en effet possible que le parent mineur ou majeur placé sous tutelle ou curatelle, qui fait l'objet d'un retrait de l'autorité parentale pour avoir mis manifestement en danger son enfant du fait de son manque de direction, vive toujours au foyer avec l'autre parent de l'enfant ou reprenne la vie commune. Par hypothèse, l'autre parent exerce l'autorité parentale : le principe veut qu'il exerce désormais seul l'autorité parentale dont il est, suite au retrait, le seul titulaire. Mais ce nouveau mode de protection de l'enfant est particulier en ce

[1453] Voir en ce sens, R. Legeais, *op. cit.*, n° 229, p. 189.

que la présence du parent pourtant privé de toutes prérogatives affecte le caractère unilatéral de cet exercice et de cette titularité de l'autorité parentale.

1174. Dans le schéma voulu par le législateur, le parent à qui l'autorité parentale n'a pas été retirée se trouve dans la situation d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Le juge des tutelles sera ainsi appelé à intervenir et à exercer un contrôle sur l'exercice des prérogatives parentales. Face aux inaptitudes du parent à qui l'autorité parentale a été retirée, cette solution a le mérite de répondre à un double objectif : l'enfant est correctement protégé et conserve cependant des liens avec ses deux parents puisqu'il continue à cohabiter avec eux.

1175. Le retrait, même partiel, de l'autorité parentale révèle ainsi ses limites lorsque le couple parental n'est pas séparé. Le retrait de l'autorité parentale n'empêche pas le parent concerné de continuer à intervenir pour les actes usuels, au risque d'aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Cependant, une mesure de placement porterait une atteinte injustifiée aux prérogatives de l'autre parent. C'est pourquoi des mesures annexes, telle une assistance éducative en milieu ouvert, permettant à un tiers d'intervenir pour s'assurer du respect des intérêts de l'enfant, seraient bénéfiques dans cette situation. Lorsque l'autorité parentale est retirée à un seul parent, et sur ce point son incapacité ne change rien, il n'est pas souhaitable de se limiter à confier toutes les prérogatives à l'autre parent. Cette affirmation est d'autant plus vraie que ce dernier peut aussi s'être vu confier la charge de la protection de son conjoint, assumant ainsi une double mission. L'aide d'un tiers n'en est que plus indispensable.

1176. La situation est différente lorsque l'autorité parentale a été confiée à un seul des parents et que le couple parental est désuni. En ce cas, le quotidien de l'enfant est entièrement assumé par le parent chez qui il réside et qui exerce seul l'autorité parentale. Les liens avec le parent qui l'a mis en danger peuvent cependant être maintenus par la reconnaissance d'un droit de visite.

2. La dévolutionde l'autorité parentale avec séparation du couple parental

1177. Dans cette hypothèse, le retrait de l'autorité parentale au parent dont le comportement met manifestement l'enfant en danger prend tout son sens. L'autre parent exerce effectivement seul l'autorité parentale. Le parent concerné par la mesure de retrait n'intervient même plus pour les actes usuels. Le mode de protection de l'enfant s'apparente à

celui d'un foyer monoparental. Seul titulaire de l'autorité parentale, le parent chez qui l'enfant réside assure seul sa protection. Le parent déchu ne peut que solliciter un droit de visite et de correspondance, qu'il appartient au juge d'accorder ou de refuser en fonction de l'intérêt de l'enfant.

1178. Si cette solution peut parfois répondre aux difficultés nées de l'état d'incapacité dans lequel se trouve un des parents et de la mise en danger manifeste de l'enfant qui en est la conséquence, elle a cependant pour inconvénient de ne pas concilier le souci de protection de l'enfant avec celui du parent incapable. Du fait de sa mise en danger, la protection de l'enfant prime sur le respect des prérogatives parentales. A titre d'exemple, un parent atteint de troubles psychologiques l'ayant conduit à avoir un comportement dangereux pour l'enfant peut faire l'objet d'un retrait de son autorité parentale et être parallèlement hospitalisé sous contrainte. Il risque alors de perdre tout contact avec son enfant. Pourtant, comme toutes les mesures relatives à l'autorité parentale, le retrait total ou partiel a un caractère provisoire. En cas de circonstances nouvelles, la restitution des droits est possible tant que l'enfant n'a pas été placé en vue de son adoption[1454], ce qui ne saurait être possible lorsque l'autre parent n'a pas fait l'objet d'un retrait d'autorité parentale. Tel peut être le cas d'une sortie d'essai ou *a fortiori* de la fin de l'hospitalisation[1455]. Cette difficulté révèle toute l'ambiguïté du retrait de l'autorité parentale ayant pour cause l'altération des facultés du parent concerné. La priorité faite à la protection de l'enfant conduit à une telle solution, mais l'atteinte portée aux prérogatives parentales paraît disproportionnée. Face à de telles difficultés, il est alors préférable de mettre prioritairement en place des mesures intermédiaires, telle l'assistance éducative, avant de retirer la titularité de ses droits au parent affecté du trouble. La conciliation du souci de protection de l'enfant et du respect des prérogatives parentales doit conduire à une certaine prudence, que la mesure de retrait de l'autorité parentale associée à un départ du domicile par le parent concerné ne permet pas.

1179. Ainsi, face à la mise en danger de l'enfant par le parent incapable, l'exercice de la protection est d'abord assuré par l'autre parent. Ce principe répond certes au souci de faire primer la protection de l'enfant sur toute autre considération, mais n'est pas à l'abri de critiques, notamment liées à la gravité des effets de la mesure et à la difficulté de renouer le

[1454] Article 381 du Code civil.
[1455] J. Rubellin-Devichi (ss dir.), in *Droit de la famille*, Dalloz Action 2001/2002, n° 2033. donne pour exemple une cure de désintoxication.

lien entre l'enfant et le parent concerné. Cette difficulté est encore plus importante lorsque les deux parents sont concernés par le retrait, conduisant à ce que la protection de l'enfant soit assurée par un tiers.

B) La protection assurée par un tiers

1180. Lorsque les parents sont inaptes à protéger leur enfant, il est nécessaire de confier cette mission à un tiers. L'autorité parentale retirée aux parents n'est cependant pas transférée et c'est à un autre titre que le tiers intervient. Dans un premier temps, la garde provisoire de l'enfant peut lui être confiée[1456]. Choisi parmi les membres de la famille ou amis qui portent un intérêt au mineur, ce tiers doit prendre soin du mineur privé du gouvernement de ses parents[1457]. Il fixe la résidence de l'enfant et gère son quotidien. Mais aucun conseil de famille n'assure de contrôle. C'est pourquoi cette mission a vocation à être temporaire, à être « l'antichambre de la tutelle »[1458]. Le tiers doit saisir le juge aux fins d'ouverture d'une mesure de tutelle. Aucun délai n'étant cependant fixé par la loi, cette situation peut perdurer : « dans le cas où l'enfant ne possède aucun bien ou s'il est très jeune, le tiers désigné comme gardien se contentera bien souvent d'exercer la garde de l'enfant, sans éprouver la nécessité de s'adresser au juge des tutelles en vue de l'organisation de la tutelle. Il pourra s'écouler un temps considérable avant qu'il ne devienne nécessaire de faire fonctionner une tutelle organisée »[1459].

1181. Lorsqu'il est mis fin à la garde provisoire, deux hypothèses peuvent se présenter. La tutelle de l'enfant peut être confiée à une personne physique (1) ou il peut être fait appel à l'aide sociale à l'enfance (2).

1. La tutelle confiée à une personne physique

1182. Dans ce cadre, si le tiers n'exerce pas l'autorité parentale, il dispose de prérogatives suffisantes pour assurer la protection de la personne et des biens de l'enfant. Il met en œuvre la politique définie par le conseil de famille[1460], à qui il revient de décider du

[1456] Article 380 du Code civil.
[1457] Sur ce point, *cf.* C. Neirinck, thèse préc., n° 488 et s.
[1458] C. Neirinck, préc.
[1459] A.-M. Fournié, *op. cit.*, n° 90.
[1460] Article 450 du Code civil.

lieu où résidera le mineur et de fixer les grandes lignes de son éducation[1461]. En cas de retrait total, le conseil de famille est également compétent pour consentir au mariage, à l'émancipation et à l'adoption de l'enfant. Le conseil de famille est ainsi le véritable détenteur de l'autorité[1462].

1183. Les prérogatives du tuteur ne se limitent cependant pas à l'exécution des décisions du conseil. Il assume la charge quotidienne de l'enfant, ce qui conduit dans la pratique à rapprocher le rôle du tuteur de celui que jouaient les père et mère avant la décision de retrait. Autrement dit, le tuteur assume intégralement la mission parentale[1463]. La Cour de Cassation a ainsi déjà pu affirmer que « l'article 450 (ancien), qui impose au tuteur de prendre soin de la personne du mineur, lui confère en principe par là même sur cette personne les droits et devoirs d'un parent exerçant la puissance paternelle »[1464]. Ainsi, l'exercice normal de la tutelle est certes partagé entre le tuteur et le conseil de famille, mais le rôle du tuteur, qui « prend soin de la personne du mineur et le [représente] dans tous les actes de la vie civile »[1465], est essentiel. Comme le soulignent certains auteurs, « le partage même de compétence entre le tuteur et le conseil de famille peut être mis en œuvre avec plus ou moins de rigueur, l'organe collégial abandonnant volontiers les initiatives au tuteur, pour se contenter du rôle de chambre d'enregistrement ».[1466]

1184. De plus, le tuteur participe aux prises de décisions exceptionnelles que sont le consentement à l'adoption, au mariage et à l'émancipation. Il peut être à l'initiative de la réunion du conseil de famille sur ce point et ne manquera pas d'avoir une influence sur la décision. L'article 348-2 du Code civil qui donne compétence au conseil de famille pour consentir à l'adoption fait même expressément référence à la nécessité de recueillir l'avis de la « personne qui, en fait, prend soin de l'enfant », c'est-à-dire le plus souvent du tuteur.

[1461] Article 449 du Code civil.
[1462] A. Raison, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, éd., 1978, n° 324 ; A. Rouast, « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale (loi du 14 décembre 1964), *JCP* 1965, I, 1917, n° 47 : « l'article 449 du Code civil proclame la haute main du conseil de famille sur tout ce qui concerne les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant ».
[1463] M.-L. Delfosse Cicile, *op. cit.*, n° 667.
[1464] Cass. 1re civ., 9 février 1965 : *Bull. civ*. I, n° 115 ; *Gaz. Pal.* 1965, 1, p. 428 ; *RTD civ.* 1965, p. 806, n° 8, obs. R. Nerson.
[1465] Article 450 du Code civil.
[1466] G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, p. 384, n° 429 ; B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, Litec, 9e éd., 2005, n° 317.

1185. La rupture du lien parental ne met cependant pas fin au lien de parenté[1467]. Les père et mère restent unis à l'enfant par le lien de filiation. Celui-ci continue à porter leur nom et la restitution des droits reste possible. De même, le conseil de famille, comme le tuteur, « doit, dans l'exercice de son pouvoir, avoir égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer à ce sujet »[1468]. Ils sont donc tous les deux soumis à cette « ombre d'autorité parentale, souvent posthume »[1469]. Le rôle du tuteur et du conseil de famille doit ainsi s'exercer en continuité de la fonction qu'exerçaient auparavant les père et mère[1470]. Cette idée prend tout son sens dans l'hypothèse d'un retrait lié à l'altération de leurs facultés, c'est-à-dire lorsque les parents assumaient auparavant leur mission de protection de l'enfant mais qu'ils n'ont pu continuer à respecter leurs obligations du fait de leur inaptitude. Le placement de l'enfant sous tutelle n'a pas pour objet de lui substituer un nouveau parent, mais de s'assurer de sa protection.

1186. La survie « du lien de parenté », autrement dit du lien de filiation unissant l'enfant à ses parents incapables, ne laisse cependant aucune prérogative aux père et mère. Ils ne participent plus à la protection de leur enfant. Cependant, la force de ce lien transparaît parfois. Tel est notamment le cas de la vocation successorale qui résiste à la mesure de retrait. Ainsi, le tuteur ne pourra jamais être assimilé aux parents. Le lien qui unit l'enfant à ces derniers n'est en aucun cas assimilable à celui qui le rattache au tuteur. A nouveau, c'est l'idée de protection de l'enfant qui justifie le système, non la volonté de retirer aux parents leurs prérogatives. Ils sont certes privés de l'autorité parentale, mais leurs droits fondamentaux sont respectés, dès lors que la protection de l'enfant ne justifie pas de mettre également fin au lien de parenté, et de conduire à l'effacement des liens du sang par l'adoption de l'enfant.

1187. Cette survie du lien de parenté se retrouve dans des termes identiques lorsque la protection de l'enfant n'est pas confiée à une personne physique mais à l'administration. L'institution compétente pour assumer cette mission est l'aide sociale à l'enfance. Mais dans cette hypothèse, les prérogatives, bien qu'identiques, sont exercées différemment.

[1467] Sur cette distinction, *cf*. M.-L. Delfosse-Cicile, thèse préc., spéc. n° 588 et s.
[1468] *Cf.* Article 449 du Code civil. F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1173.
[1469] F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1173.
[1470] De plus, en cas de retrait partiel de l'autorité parentale, les parents conservent également un droit de surveillance et la possibilité de donner au tuteur certaines directives, que ce dernier se limite à appliquer au quotidien de l'enfant.

2. L'aide sociale à l'enfance

1188. A la suite du retrait de l'autorité parentale, l'enfant confié à l'administration peut être placé dans un établissement ou chez un particulier c'est-à-dire une famille d'accueil, son intérêt allant évidemment dans cette deuxième direction, sans que ce placement ait pour but de mettre fin au lien de parenté. Le mode d'exercice des prérogatives utiles à la protection de l'enfant diffère dans les deux cas.

1189. Deux hypothèses de prise en charge de l'enfant par l'administration coexistent : la tutelle départementale et la tutelle des pupilles de l'Etat[1471]. Dans le premier cas, aux termes de l'article 433 du Code civil, lorsque la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère au service de l'aide sociale à l'enfance. Dans le second cas, l'enfant peut être admis comme pupille de l'Etat s'il rentre dans l'une des six catégories prévues à l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles, c'est-à-dire lorsqu'il est remis à l'administration en l'absence de parents, avec le consentement de ceux-ci, ou par décision de justice. Le retrait de l'autorité parentale donne lieu à ce second type de prise en charge. *A priori* donc, la tutelle départementale et la tutelle des pupilles de l'Etat ne se recoupent pas. Cependant, leurs domaines d'application sont parfois identiques.

1190. En effet, dans le cas de la tutelle départementale, le juge confie la mesure à l'aide sociale à l'enfance lorsque la tutelle familiale ne peut être mise en oeuvre[1472]. D'un autre côté, peuvent être admis comme pupilles de l'Etat les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 380 du Code civil. Ainsi, le choix de l'une ou l'autre de ces tutelles appartient au juge. S'il confie l'enfant à la garde provisoire d'un tiers, à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle sur le fondement de l'article 380 du Code civil, et si aucun membre de la famille ou amis ne peut assumer cette charge, la tutelle sera confiée au département. En revanche, si l'enfant a été confié à l'aide sociale à l'enfance, il pourra être admis comme pupille de l'Etat.

1191. Le choix de la tutelle départementale ou de celle des pupilles de l'Etat à la suite du retrait de l'autorité parentale n'est pas sans importance. Alors que la première a vocation à

[1471] Sur cette distinction, voir notamment M.-L. Delfosse-Cicile, thèse préc., n° 621 et s.
[1472] Article 433 du Code civil.

sauvegarder le lien de parenté en favorisant le maintien de relations entre l'enfant et sa famille, la seconde a comme finalité d'y mettre fin, dès lors qu'elle permet l'adoption[1473]. De même, la tutelle des pupilles de l'Etat est marquée par la concentration des pouvoirs dans les mains de l'administration, alors que la tutelle départementale laisse une place à la famille et aux parents.

1192. Dans le cadre de la tutelle départementale et en cas d'impossibilité de mise en place d'une tutelle familiale, le juge peut désigner comme tuteur une pluralité de personnes et ainsi s'adapter à la situation : le directeur de l'établissement public d'éducation de l'enfant, un notaire, une personne physique ou morale qualifiée figurant sur la liste tenue par le procureur de la République. Fonctionnant sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire, la tutelle départementale se rapproche ainsi du mode d'exercice par les propres parents de la protection de l'enfant : « ce que l'on a voulu recréer – non peut-être sans utopie – pour le mineur (…) sans famille c'est non le lignage mais la *domus*, le substitut familial, d'où l'économie de la technique de l'assistance et de l'autorisation »[1474]. La personne désignée pour exercer la tutelle départementale peut accomplir seule tous les actes d'administration et décider des actes usuels relatifs à la personne. Elle ne doit saisir le juge des tutelles que pour les actes de disposition et les actes personnels graves.

1193. La tutelle des pupilles de l'Etat connaît un fonctionnement différent. L'absence de contrôle du juge a ici pour conséquence de laisser l'administration assumer seule la protection de l'enfant. Le tuteur est le préfet, qui délègue ce rôle au directeur des affaires sanitaires et sociales. Un conseil de famille doit être désigné dans chaque département, lorsque le nombre de pupilles est supérieur à 50[1475]. Lorsqu'un tel conseil est désigné, ce qui semble en fait toujours devoir être le cas dès lors qu'un décret ne peut revenir sur le caractère obligatoire de cette désignation[1476], il ne s'agit pas du conseil de famille de droit commun. Il n'est pas composé de proches du pupille, mais de professionnels, de personnalités, désignés par le préfet et chargés d'assumer cette mission pour tous les pupilles du département. L'organisation de la protection de l'enfant est donc sensiblement différente de celle confiée

[1473] Article 347-2e du Code civil.
[1474] C. Geffroy, « Tutelle. Organisation. Tutelle de l'article 433 du Code civil concernant les mineurs (Tutelle départementale, ancienne tutelle d'Etat)., *J. Cl. civ.*, art. 393 à 448, Fasc. 25, 2005, n° 19.
[1475] Décret n° 98-818 du 11 septembre 1998. Voir C. Geffroy, « Tutelle. Organisation. Tutelle des pupilles de l'Etat », *J. Cl. civ.*, art. 393 à 448, Fasc. 26, 2005, n° 24.
[1476] En ce sens, M.-L. Delfosse-Cicile, thèse préc., n° 638.

aux père et mère, même si le législateur a voulu calquer la tutelle des pupilles de l'Etat sur celle de droit commun, notamment sur le plan patrimonial[1477].

1194. Ainsi, il paraît souhaitable de privilégier la tutelle départementale en cas de retrait de l'autorité parentale, afin de ne pas couper toute relation de l'enfant avec sa famille. La tutelle des pupilles de l'Etat ne doit être décidée que lorsque la protection de l'enfant ne peut passer que par l'adoption, c'est-à-dire dans les hypothèses les plus extrêmes. L'incapacité des parents ne peut suffire à justifier du recours à l'adoption de l'enfant. La protection de l'enfant doit en principe être assurée par la mise en place d'une tutelle familiale ou, en cas de vacance, départementale. Les père et mère gardent ainsi la possibilité d'obtenir un droit de visite, mais surtout peuvent toujours demander la restitution de leurs droits en rapportant la preuve de circonstances nouvelles, alors que le placement en vue de l'adoption y fait définitivement obstacle[1478].

1195. Ainsi, le retrait de l'autorité parentale protège l'enfant de l'incapable, en permettant l'ouverture d'un nouveau mode de protection. L'autorité parentale peut être dévolue à l'autre parent, ou l'enfant être admis comme pupille de l'Etat. La décision de retirer l'autorité parentale au parent incapable doit cependant rester une mesure extrême, qui ne se fonde pas sur le statut d'incapable du ou des parents mais sur la situation de danger de l'enfant.

[1477] Le tuteur peut ainsi effectuer seul les actes d'administration, et les actes de disposition relèvent du conseil de famille.
[1478] Article 381 al. 2 du Code civil.

CONCLUSION DU TITRE 2

1196. La protection de l'enfant de l'incapable peut être assurée par la privation des prérogatives parentales, limitée à leur exercice ou étendue à leur titularité.

1197. Sans être spécifique à la situation du parent incapable, la perte de l'exercice des prérogatives parentales répond au souci de protection de son enfant. Il s'agit tout d'abord de la perte de l'exercice de l'autorité parentale envisagée à l'article 373 du Code civil. Si cette mesure peut apporter une réponse aux difficultés rencontrées lorsque le ou les parents sont incapables, en ce que les causes de cette incapacité peuvent correspondre aux causes de la perte et qu'elle permet de s'assurer d'un exercice conscient des prérogatives parentales, il faut cependant *de lege ferenda* remettre en cause son effet automatique et exiger l'intervention du juge. Il s'agit ensuite de la perte du pouvoir d'exercer l'administration légale, qui fait suite à la perte de l'exercice de l'autorité parentale ou à la constatation par le juge des tutelles d'une inaptitude du ou des parents à gérer le patrimoine de l'enfant, inaptitude qui peut être caractérisée chez un incapable. Ce défaut de pouvoir constaté donne alors lieu à l'ouverture de nouveaux régimes de protection de l'enfant, à savoir les tutelles des articles 390 ou 391 du Code civil.

1198. Le retrait de l'autorité parentale, mesure plus grave qui affecte la titularité des prérogatives, répond également au souci d'assurer la protection de l'enfant de l'incapable sans être spécifique cependant à la situation du parent incapable. Les causes de l'incapacité du ou des parents recoupent les causes du retrait, mais non sans parfois quelques difficultés. A la suite du retrait, la protection de l'enfant est assurée par l'autre parent ou un tiers, indépendamment des prérogatives retirées au parent concerné.

1199. Ainsi, la protection de l'enfant par la privation des prérogatives parentales est indifférente à l'incapacité du ou des parents, mais non à ses causes. La perte ou le retrait des prérogatives parentales paraît être l'ultime moyen de protéger l'enfant de l'incapable, lorsque son parent n'assume plus sa mission de protection et que l'aider dans cette tâche ne suffit pas.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1200. La protection de l'enfant de l'incapable peut être assurée par ses parents, seuls ou aidés dans cette tâche, ou par un tiers. Dans tous les cas, l'incapacité du ou des parents ne joue pas directement dans la mise en œuvre du dispositif.

1201. Ainsi, l'enfant est protégé lorsque ses parents incapables exercent l'autorité parentale comme lorsque ceux-ci sont privés de leurs prérogatives. Cette finalité de protection prime tout autre intérêt, et donc prime la protection du parent incapable. Toutefois, *de lege lata*, le dispositif de protection existant est identique à celui de l'enfant d'un parent capable. Les règles de partage de l'exercice des prérogatives parentales, les mesures d'assistance éducative, de tutelle aux prestations sociales, de perte ou de retrait de l'autorité parentale ne prennent pas en compte le statut d'incapable du ou des parents et les organes de protection du parent incapable n'ont pas pour mission de participer à la protection de l'enfant.

1202. Les causes de l'incapacité du ou des parents correspondent cependant aux conditions de mise en œuvre de ces mesures de protection de l'enfant. Du partage des prérogatives parentales au retrait de l'autorité parentale, tout un éventail de mesures permet alors de protéger l'enfant de l'incapable, mais cette protection n'est pas assurée contre l'incapacité de son ou ses parents. Si ce dernier principe doit être maintenu et même renforcé, il est cependant nécessaire, pour mettre fin aux incertitudes actuelles, de mieux prévoir les conséquences de l'incapacité du ou des parents, et donc de l'existence de leur régime de protection, sur les modalités d'exercice et la perte des prérogatives parentales.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1203. La qualité de parent prime donc celle d'incapable, à la condition que la protection de l'enfant soit assurée. Les solutions retenues dans l'ensemble des situations en lien avec la qualité de parent tendent à cette conclusion. L'importance des questions posées par la situation du parent incapable nécessiterait pourtant une réponse plus cohérente du législateur.

1204. Il est vrai que le respect des droits fondamentaux du parent incapable est, pour l'essentiel, assuré en droit français quant à l'accès à la qualité de parent. *De lege lata*, des solutions existent et ont même parfois été adoptées dans le cadre de réformes récentes, portant sur la contraception, l'interruption de grossesse ou la stérilisation. Le législateur consacre ainsi la liberté qu'à l'incapable d'avoir des relations sexuelles, de procréer ou de ne pas procréer. Dans le même sens, le mineur et le majeur sous tutelle ou curatelle peuvent établir leur filiation avec l'enfant indépendamment de leur régime de protection.

1205. Il est vrai également que le statut d'incapable est, en droit positif, sans effet sur l'exercice des prérogatives qui sont attachées à la qualité de parent. Plus précisément, si l'incapacité civile ne suffit pas à interdire au parent l'exercice des prérogatives parentales, son incapacité naturelle peut produire cet effet. Il n'en reste pas moins que la « capacité parentale » est présumée. Cette présomption rend dès lors nécessaire l'établissement de mesures propres à garantir la protection de l'enfant. En ce cas, lorsqu'il s'agit de concilier la protection de l'enfant de l'incapable avec l'exercice de cette mission par ses père et mère, il est nécessaire dans un premier temps de renforcer les systèmes de partage des prérogatives parentales voire d'assister le parent incapable dans l'exercice de celles-ci, et dans un second temps, lorsque ces solutions ne suffisent pas à protéger l'enfant, d'envisager de priver le parent incapable de ses prérogatives.

1206. Ces solutions restent toutefois perfectibles. La situation du parent incapable n'est en effet jamais envisagée dans sa globalité, ce qui conduit parfois le législateur à ne traiter que du mineur ou à l'inverse que du majeur incapable, et à laisser place aux interprétations.

1207. Certaines règles pourraient être uniformisées. *De lege lata*, si l'incapacité civile et l'incapacité naturelle sont sans conséquence sur la liberté sexuelle, dans la mesure où l'aptitude physique est la seule condition de son exercice, leurs effets sur la liberté de ne pas procréer prêtent plus à discussion. En matière de contraception, de stérilisation et d'interruption de grossesse, le législateur prend parfois en compte le statut d'incapable de l'intéressé, mais il modifie les règles relatives à la contraception et à l'interruption de grossesse des mineurs sans envisager la situation du majeur incapable, et il légalise la stérilisation des majeurs incapables sans régler la difficulté essentielle de l'incapable hors d'état de manifester sa volonté. De même, si l'absence d'effet de l'incapacité civile pour l'exercice de l'autorité parentale sur la personne est clairement affirmée par la jurisprudence, pour le mineur comme pour le majeur incapable, et si la possibilité d'exercer l'administration légale est expressément reconnue au parent mineur, cette dernière solution est plus ambiguë pour le majeur sous tutelle ou curatelle. De même encore, le système actuel refuse de donner un rôle aux organes de protection du parent incapable dans la protection de l'enfant, sans toutefois résoudre les difficultés liées au chevauchement des deux régimes d'incapacité.

1208. L'uniformisation des solutions apportées aux difficultés que soulève la situation du parent incapable ne peut pas cependant être totale. Les réponses aux questions posées par la paternité ou la maternité d'un incapable doivent s'adapter à l'évolution de la situation, c'est-à-dire intégrer les conséquences de la présence de l'enfant. C'est là tout l'intérêt de la problématique du parent incapable : pour l'incapable, l'accès à la qualité de parent se distingue de l'exercice des droits et devoirs attachés à cette qualité, qui ont pour finalité l'intérêt de l'enfant.

1209. Un principe général pourrait être posé afin de clarifier le système existant sans le remettre en cause. La règle selon laquelle la minorité et le placement sous tutelle ou curatelle sont sans effet sur la parenté et l'exercice des droits qui y sont attachés, gagnerait à être affirmée par le législateur. Ce dernier pourrait ainsi faire respecter les droits fondamentaux du parent incapable, tout en fixant les limites de ces droits en rappelant que ce respect ne doit pas être assuré au détriment de la protection de l'enfant.

1210. Il paraît donc nécessaire de dissocier le statut d'incapable et la qualité de parent. La réforme du droit des incapacités actuellement à l'étude pourrait en être le lieu. Pour plus de clarté et pour prendre en compte le souci de protection de l'enfant, il faudrait ensuite rappeler,

dans chacun des textes en lien avec la qualité de parent, et en particulier dans les textes relatifs à la filiation et à l'exercice de l'autorité parentale, l'absence d'effet de l'incapacité civile, en lui opposant le rôle joué par l'incapacité naturelle.

1211. Pour conclure, il apparaît qu'une personne incapable, civile ou naturelle, peut être père ou mère. Toutefois, si cette qualité est indépendante de l'état d'incapacité de celui à qui elle est reconnue, les prérogatives qui y sont attachées dans l'intérêt de l'enfant ne peuvent être entièrement dissociées de cet état d'incapable. La protection de l'enfant mineur non émancipé prime tout autre intérêt : elle prévaut sur la protection de son parent, et peut dès lors porter atteinte au respect de la paternité ou de la maternité d'une personne incapable. Cette solution génère un trouble évident. Le législateur peut cependant en atténuer l'importance, en affirmant que comme tout individu, l'incapable peut accéder à la qualité de parent et exercer les prérogatives qui y sont attachées, mais que comme tout parent, ses prérogatives peuvent être limitées voire lui être retirées, dans l'intérêt de l'enfant qui demeure la finalité de l'autorité parentale.

BIBLIOGRAPHIE

1. TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

Alfandari (E.) :
- *Action et aide sociales*, Dalloz, 4e éd., 1989

d'Argentré (B.) :
- *Coutumes générales du pays et duché de Bretagne*, Paris, Editio septima, 1660

Atias (Ch.) :
- *Les personnes, Les incapacités*, PUF, 1985

Aubry (C.) et C. Rau (C.) :
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. 1, Marchal Billard, 4e éd.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. 4, Marchal Billard, 6e éd. par **Bartin**, sans date
- *Droit civil français*, T. 1, Librairies techniques, 7e éd. par **A. Ponsard**, 1964
- *Droit civil français,* T. 9, Librairies techniques, 6e éd. par **P. Esmein**, 1953

Audit (B) :
- *Droit international privé*, Economica, 3e éd., 2000

Aynès (L.) :
- *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2e éd., 2005 (avec **Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munck**)
- *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2e éd., 2005 (avec **Ph. Malaurie** et **P.-Y. Gauthier**)

Batiffol (H.) et **Lagarde (P.) :**
- *Traité de droit international privé*, T. 1 et 2, LGDJ, 8e éd., 1993

Baudry-Lacantinerie (G.) :
- *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, T. 1, Paris, L. Larose et Forcel, 3e éd., 1889
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, T. 4, Paris, L. Larose et L. Tenin, 2e éd. par **G. Chéneaux et Ph. Bonnecarrere**, 1905

Bénabent (A.) :
- *Droit civil, La famille*, Litec, 11e éd., 2003
- *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 10e éd., 2005

Beudant (Ch.) :

- *Cours de droit civil français, L'état et la capacité des personnes*, T. 3 et 3 bis, Librairies A. Rousseau, 2e éd. par **R. Beudant** et **P. Lerebours-Pigeonnière**, avec la collaboration d'**A. Breton**, 1936
- *Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations,* T. 8, Librairies A. Rousseau, 2e éd. par **R. Beudant** et **P. Lerebours-Pigeonnière**, avec la collaboration de **G. Lagarde**, 1936

Borgetto (M.) et Lafore (R.) :

- *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, coll. Domat, 5e éd., 2004

Cadiet (L.)

- *Droit judiciaire privé*, Litec, 4e éd., 2004

Carbonnier (J.) :

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, les incapacités, La famille, l'enfant, le couple*, Vol. 1, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004
- *Droit civil, Les biens, Les obligations,* Vol. 2, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1re éd., 2004

Chaillou (P.) :

- *Guide du droit de la famille et de l'enfant*, Dunod, 2e éd., 2003

Colin (A.) et Capitant (H.) :

- *Cours élémentaire de droit civil français, Les personnes*, T. 1, Paris, Dalloz, 1914
- *Cours élémentaire de droit civil français, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et famille*, T. 1, Dalloz, 11e éd. par **L. Julliot de la Morandière**, 1947
- *Traité de droit civil de Colin et Capitant, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et famille*, T. 1, Dalloz, par **L. Julliot de la Morandière**, 1957

Colombet (C.) :

- *La famille*, PUF, coll. Droit fondamental, 6e éd., 1999

Cornu (G.) :

- *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 8e éd., 2003
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, coll 12e éd., 2005
- *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, PUF, coll. Quadrige, 7e éd., 2005

Courbe (P.) :

- *Droit de la famille*, Armand Colin, 4e éd., 2005

Demogue (R.) :

- *Traité des obligations en général*, T. 2, Paris, A. Rousseau, 1923

Demolombe (C.) :

- *Cours de Code Napoléon, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, de la jouissance et de la privation des droits civils,* Vol. 1, Paris, A. Lahure, 1880

- *Cours de Code Napoléon*, *Traité du mariage et de la séparation de corps,* Vol. 3, Paris, A. Lahure, 1880
- *Cours de Code Napoléon, Traité de la paternité et de la filiation*, Vol. 5, Paris, A. Lahure, 1881
- *Cours de Code Napoléon, Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Vol. 7 et 8, Paris, A. Lahure, 1879
- *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats*, Vol. 24, Paris, A. Lahure, 1880

Domat (J.) (et alii) :
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* Paris, Cellot, 1777

Dupeyroux (J.-J.) :
- *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 15e éd. par **M. Borgetto, R. Lafore et R. Ruellan**, 2005

Duranton (A.) :
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, vol. 3, Paris, G. Thorel et E. Guilbert éditeur, 4e éd., 1844

Fenet (P. A.) :
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828

Fenouillet (D) :
- *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2005 (avec **F. Terré**)

Flour (J.) et **Aubert (J.-L.) :**
- *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, T. 1, Armand Colin, 11e éd., 2004
- *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique,* T. 2, Armand Colin, 11e éd., 2005

Fulchiron (H.) :
- *Droit civil, La famille,* Defrénois, 2004 (avec **Ph. Malaurie**)

Gauthier (P.-Y.) :
- *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2e éd., 2005 (avec **Ph. Malaurie** et **L. Aynès**)

Ghestin (J.) :
- *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, LGDJ, 2e éd., 1988

Goubeaux (G.) :
- *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989 (ss. dir. **J. Ghestin**)
- *Droit civil, Personnes, Famille, Incapacités, Biens, Obligations, Sûretés*, T. 1, LGDJ, 30e éd., 2005 (avec **P. Voirin**)

Hauser (J.) et Huett-Weiller (D.) :
- *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, T. 1, LGDJ, 2e éd., 1993

Huc (T.) :
- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T 3, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1892

Huet (J.) :
- *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2e éd., 2001 (ss dir. **J. Ghestin**)

Josserand (L.) :
- *Cours de droit civil positif français, Théorie générale du droit et des droits, Les personnes, la famille, la propriété et autres droits réels principaux*, T. 1, Recueil Sirey, 3e éd., 1938

Jourdain (P.) :
- *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1998 (avec **G. Viney**)

Labrusse-Riou (C.) :
- *Les personnes*, Masson, 1984

Laurent (F.) :
- *Principes de droit civil français*, Paris, Librairie A. Marescq, 3e éd., 1878

Lefebvre-Teillard (A.) :
- *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996

Le Tourneau (Ph.) et Cadiet (L.) :
- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2002/2003

Locré (J.-G.) :
- *La Législation civile et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, T. 12, Treuttel, 1828

Loussouarn (Y.) et **Bourel (P.) :**
- *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2004

Malaurie (Ph.) :
- *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2e éd., 2004
- *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2e éd., 2005 (avec **L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck**)
- *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2e éd., 2005 (avec **L. Aynès** et **P.-Y. Gauthier**)
- *Droit civil, La famille*, Defrénois, 2004 (avec **H. Fulchiron**)

Marcadé (V.) :
- *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. 2 et 4, Paris, Delamotte et fils éditeurs, 7e éd., 1873

Marty (G.) et Raynaud (P.) :
- *Droit civil, Les personnes*, T. 1, 2e partie, Sirey, 1956
- *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3e éd., 1976

Mazeaud (H., L., et J.) et Chabas (F.) :
- *Leçons de droit civil, Les personnes*, T. 1, vol. 2, Montchrestien, 8e éd. par **F. Laroche-Gisserot**, 1997
- *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit,* T. 1, Vol. 1, Montchrestien, 12e éd. par **F. Chabas**, 2000
- *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, T. 2, vol. 1, Montchrestien, 9e éd. par **F. Chabas**, 1998
- *Leçons de droit civil, La famille,* T. 1, Vol. 3, Montchrestien, 7e éd. par **L. Leveneur**, 1995

Mayer (P.) et **Heuzé (V.) :**
- *Droit international privé*, Montchrestien, 8e éd., 2004

Merlin (Ph.-A.) :
- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery et J.-P. Roret, 5e éd., 1830

Niboyet (J.-P.) :
- *Traité de droit international privé*, Sirey, T. 5, 1948

Planiol (M.) et Ripert (G.) :
- *Traité élémentaire de droit civil français, Principes généraux, Les personnes, la famille, les incapables, les biens*, T. 1, LGDJ, 12e éd., 1939
- *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, T. 1, LGDJ, 2e éd. par **R. Savatier**, 1952
- *Traité pratique de droit civil français, La famille*, T. 2, LGDJ, 2e éd. par **A. Rouast**, 1952
- *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, T. 6, LGDJ, 2e éd. par **Esmein**, 1952
- *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Introduction générale, Les personnes*, par **G. Ripert** et **J. Boulanger**, LGDJ, 1956
- *Traité pratique de droit civil français, Les contrats civils,* T. 11, LGDJ, 2e éd. par **A. Rouast**, **R. Savatier**, **J. Lepargneur** et **A. Besson**, 1954

Porchy-Simon (S.) :
- *Droit civil, 2e année, Les obligations*, Dalloz, coll. HyperCours, 3e éd., 2004

Robert (J.) et **Duffar (J.) :**
- *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 1999

Roland (H.) et Boyer (L.) :
- *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999
- *Locutions latines du droit français*, Litec, 4e éd., 1998

Rubellin-Devichi (J.) :
- *Droit de la famille*, Dalloz action, 2001/2002 (ss dir.)

Starck (B), Roland (H.), Boyer (L.) :
- *Les obligations, T. 2, Le contrat*, Litec, 6e éd., 1998

Stoffel-Munck (Ph.) :
- *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2e éd., 2005 (avec **Ph. Malaurie et L. Aynès**)

Teyssié (B.) :
- *Droit civil, Les personnes*, Litec, 9e éd., 2005

Terré (F.) :
- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 9e éd., 2005
- *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2005 (avec **D. Fenouillet**)

Viney (G.) :
- *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1998 (avec **P. Jourdain**)

Voirin (P.) :
- *Droit civil, Personnes, Famille, Incapacités, Biens, Obligations, Sûretés*, T. 1, LGDJ, 30e éd., 2005 (avec **G. Goubeaux**)

Zachariae (K.-S.) :
- *Le droit civil français*, traduit de l'allemand sur la 5e éd. annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par **C. Massé** et **Ch. Vergé**, T. 1, Paris, Auguste Durand Librairie-Editeur, 1854
- *Cours de droit civil français*, Traduit de l'allemand, revu et augmenté par **C. Aubry** et **C. Rau**, T. 1 et 3, Strasbourg, F. Lagier Librairie-éditeur, 2e éd., 1843

2. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES

Albiges (C.) (ss dir.) :
- *L'autorité parentale et ses juges*, Actes du colloque de la faculté de droit de Montpellier du 27 mai 2004, Litec, coll. Carré Droit, 2005

Ancel (B.) :
- *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4e éd., 2001 (avec **Y. Lequette**)

Ancel (M.) :
- *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, Paris, Sirey, 1938

Arbellot (F.) :
- *Droit des tutelles. Protection judiciaire des majeurs et des mineurs*, Dalloz, coll. Dalloz Service, 2003

Arnoux (I.) :
- *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses universitaires de Bordeaux, 1995

Bachelard-Jobard (C.) :
- *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, Coll. Partage du savoir, 2001

Batiffol (H.) :
- *La capacité civile des étrangers en France, Influence de la loi française*, Librairie du recueil Sirey, 1929

Baudoin (J.-L.) et Labrusse-Riou (C.) :
- *Produire l'homme : de quel droit ?*, PUF, 1987

Bauer (M.) :
- *La tutelle aux prestations sociales, une action éducative et budgétaire*, ESF éditeur, 1988
- *Comment assurer la protection d'un majeur*, 4e éd., ESF éditeur, 1999 (avec **P. Verdier**)
- *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd. 1999, (avec **Th. Fossier**)

Berger (V.) :
- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 9e éd., 2004

Betaillole-Gonthier (F.) :
- *La capacité naturelle*, Thèse Bordeaux IV, 1999

Bianco (J.-L.) et **Lamy (P.) :**
- *L'aide à l'enfance demain*, Ministère de la santé et de la sécurité sociale, Etudes et documents, 1980

Blondy (P.) et Morin (G.) :
- *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, T. 1, Defrénois, 2e éd., 1967

Bourgault-Coudevylle (D.) :
- *Liberté individuelle, maternité et droit*, Thèse Lille II, 1999

Branlard (J.-P.) :
- *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993

Brovelli (G.) et Nogues (H.) :
- *La tutelle aux majeurs protégés, La loi de 1968 et sa mise en œuvre, Recherche financée par le Commissariat général au plan*, L'Harmattan, 1994

Bruggeman (M.) :
- *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002

Buratti (P.) :
- *La parole de l'enfant en justice*, Thèse Lyon 3, 1993

Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A), Revet (Th.) (ss. dir.) :
- *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005

Calloch (P.) :
- *Tutelles et curatelles*, TSA éd., 3e éd., 1998
- *La responsabilité des établissements sanitaires et sociaux*, TSA éd., 2e éd., 2000

Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.) :
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, T. 1, Dalloz, 11e éd., 2000
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, T.2, Dalloz, 11e éd., 2000

Cazals (J.) :
- *Age et droit privé*, Thèse Paris II, 1976

Champenois-Marmier (M.-P.) et Sansot (J.) :
- *Droit, folie, liberté*, PUF, 1983

Commission de réforme du Code civil :
- *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, année 1950-1951, Librairie du Recueil Sirey

Congrès des notaires de France :
- 80e Congrès des notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles, 27-30 mai 1984
- 91e Congrès des notaires de France, *Le droit et l'enfant*, Tours, 21/24 mai 1995

Conte (P.) et Petit (B.) :
- *Les incapacités*, PUG, 2e éd., 1995

Conseil d'Etat :
- *Statut et protection de l'enfant*, Rapport du Conseil d'Etat, La documentation française, 1990

Dabin (J.) :
- *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952

Decocq (A.) :
- *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, T. 21, LGDJ, 1960

Dekeuwer-Défossez (F.) :
- *Rénover le droit de la famille ; Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, septembre 1999 (ss. dir.)
- *L'autorité parentale en question*, Journées d'étude des 13 et 14 décembre 2001, LERADP, Presses universitaires du Septentrion, 2003

Delfosse-Cicile (M.-L.) :
- *Le lien parental*, Edition Panthéon-Assas, 2003

Demogue (R.) :
- *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, A. Rousseau, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911

Desnoyer (C.) :
- *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, L'Harmattan, 2001

Didier (Ph.) :
- *De la représentation en droit privé*, LGDJ, coll. Droit privé, tome 339, 2000

Doumeng (V.) :
- *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2002

Dubreuil (A.) :
- *Les fonctions de juge des enfants ; La tutelle aux prestations sociales*, Association d'études et de recherches, ENM, 1981

Duval-Arnould (D.) :
- *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. Droit privé, tome 238, 1994

Favard (J.) (dir.) :
- *La protection des incapables majeurs*, rapport groupe de travail interministériel, avril 2000

Favre-Lanfray (G.) :
- *La représentation « ad hoc » de l'enfant*, ANRT, 2004

Fedou (G.), Allee (R.) et Colard (M.) :
- *La tutelle aux prestations sociales*, Les publications du CTNERHI, 1980

Femenia (L.-A.) :
- *La volonté des incapables*, Thèse Toulouse 1, 2000

Fondation pour l'enfance :
- Actes du colloque du 29 juin 2001, *L'administrateur ad hoc*, Edition Erès, 2002

Fossier (Th.) :
- *Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF éditeur, 3e éd. 1999, (avec **M. Bauer**)

Fournié (A.-M.) :
- *La protection judiciaire de l'enfance en danger*, Litec, 3e éd., 1970

Fresnel-Mettetal (F.) :
- *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, Thèse Paris II 1995

Gaillard (E.) :
- *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985

Garé (Th.) :
- *Les grands-parents dans le droit de la famille*, éd. CNRS, 1989

Gareil (L.) :
- *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, coll. Droit privé, tome 413, 2004

Geffroy (C.) :
- *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, Librairies techniques, 1974

Gény (F.) :
- *Sciences et techniques en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, T. 3, Sirey, 1921

Giudicelli (A.) :
- *Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme*, Thèse Poitiers, 1993

Glenn (P.) :
- *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Dalloz, 1975

Gout (O.) :
- *Le juge et l'annulation du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999

Gouttenoire (A.) :
- *L'enfant et les procédures judiciaires*, Thèse Lyon 3, 1994

Guillod (O.) :
- *Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme ?*, Neuchâtel, Ed. Ides et Calendes, 1986

Henry (M.) :
- *Les jeunes en danger*, Centre de formation et de recherche de l'éducation surveillée, Vaucresson, 1972

Henrion (R.)
- *Accouchement sous X : les nouvelles dispositions législatives*, Rapport de l'Académie nationale de médecine, 2003

Huyette (M.) :
- *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, 3e éd., 2003

Japiot (R.) :
- *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon 1909, Librairies nouvelles de droit et de jurisprudence

Josserand (L.) :
- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1939

Kimmel (A.) :
- *Le juge de l'autorité parentale, Compétence et pouvoirs*, Thèse Toulouse 1, 1996

Laigo (E.) :
- *La grossesse en droit français*, Thèse Lyon 3, 1993

Laroque (M.) :
- *Guide de la protection sociale*, Dunod, 2001

Lebreton (G.) :
- *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 7e éd., 2005

Legeais (R.) :
- *L'autorité parentale, Etude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Defrénois, 1973

Lemouland (J.-J.) (ss. dir.) :
- *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 27 juin 2003, 4e journée internationale, Litec, 2004

Lequette (Y.) :
- *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976
- *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4e éd., 2001 (avec **B. Ancel**)

Leyardère (M.-L.), Strohl (H.), Even (B.), avec la collaboration de **Salzberg (L.) :**
- *Les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Rapport n° 98011 de l'Inspection générale des affaires sociales, mars 1998

Lhuillier (J.-M.) :
- *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, ENSP, 3e éd., 2004
- *Aide sociale à l'enfance : guide pratique,* Coll. Berger-Levrault, 7e éd.,, 2004

Lion (N.) :
- *Le couple et l'incapacité*, Thèse Lyon 3, 1998

Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.), Devolvé (P.) et Genevois (B.) :
- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15e éd., 2005

Margery (J.) :
- *Des effets de l'insanité d'esprit sur la capacité civile*, Thèse Paris 1906, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau

Marguénaud (J.-P.), Plazy (J.-M.) et **Roets (D.) :**
- « Les majeurs protégés, parties au procès pénal », Mission de recherche Droit et Justice, OMIJ, nov. 2003

Massip (J.) :
- *Les incapacités, Etude théorique et pratique,* Defrénois, 2002

Monge (L.) :
- *La liberté de procréer, pouvoir de la femme*, Thèse Paris II, 2000

Motulsky (H.) :
- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Librairie du recueil Sirey, 1948

Murat (P.) :
- *La force de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de famille*, Thèse Lyon 3, 1991

Neirinck (C.) :
- *La protection de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, coll. Droit privé, tome 182, 1984

Nérac-Croisier (R.) :
- *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan 1997

Nerson (R.) :
- *Les droits extra-patrimoniaux*, LGDJ, 1939

Nisand (I) :
- *L'I.V.G en France*, février 1999

Pierre (M.) :
- *Parenté et incapacités*, Thèse Toulouse 1, 2005

Plazy (J.-M.) :
- *La personne de l'incapable*, Imprimerie La Mouette, 2002

Rachel (G.-P.) :
- *La famille et la santé de la personne*, Thèse Lyon 3, 1992

Raison (A.) :
- *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 4e éd., 1989

Raymond (G.) :
- *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, 4e éd., 2003

Renucci (J.-F.) :
- *Enfance délinquante et enfance en danger, La protection judiciaire de la jeunesse*, éd. du CNRS, 1990

Rosenczveig (J.-P.) :
- *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Edition jeunesse et droit, Nouvelle éd., 2005

Roubier (P.) ;
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963

Ruellan (F.) :
- *Le statut des majeurs protégés*, Collection « Les documents pratiques de l'ENM », 6e éd., 1997

Sénat :
- *La protection juridique des majeurs*, Les documents de travail de Sénat, Série Législation comparée, juin 2005

Séraphin (G.) :
- *Etats des lieux et travaux, Les populations suivies en mesures « majeurs protégés » et « TPSA »*, UNAF, mars 2003

Storck (M.) :
- *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, coll. Droit privé, tome 172, 1982

Sudre (F.), Margénaud (J.-P.), Andriantsimbazovine (J.), Gouttenoire (A.), Levinet (M.) :
- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 2004

Tallet (J.-F.) :
- *Incapacité ou capacité du mineur*, Thèse Bordeaux IV, 1983

Théry (I.) :
- *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la justice, Ed. Odile Jacob, Documentation française, 1998

Thévenet (A.) :
- *L'aide sociale aujourd'hui*, ESF éditeur, 15e éd., 2004

Union nationale des associations familiales (UNAF) :
- Observatoire national des populations « Majeurs protégés », Rapport 2002
- Observatoire national des populations « Majeurs protégés », Rapport 2004

Uzan (M.) :
- *Rapport sur la prévention et la prise en charge des grossesses des adolescentes*, Ministère de la Santé, novembre 1998

Vasseur-Lambry (G.) :
- *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000

Vauvillé (F.) :
- *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse Lille II, 1991

Verdier (P.) :
- *L'autorité parentale, le droit en plus*, Bayard éd., coll. Travail social, 1993 (avec la collaboration de **S. Curiel**)
- *Comment assurer la protection d'un majeur*, ESF éditeur, 4e éd., 1999 (avec **M. Bauer**)

Verdot (R.) :
- *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, LGDJ, T. 40, 1963

Vergne (J.H.) :
- *L'intérêt de l'enfant sous la puissance paternelle et l'autorité parentale*, Thèse Paris II, 1973

Witz (C.) :
- *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981

3. CHRONIQUES ET ÉTUDES

Abitbol (H.) :
- « De 1964 à 1970. Les retombées de la loi relative à l'autorité parentale sur les institutions tutélaires. II Défaillances de l'autorité parentale et tutelle », *D.* 1971, chron. p. 65 à 70 (avec **J. Hauser**)

Adida-Canac (H.)
- « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, Etude p. 119 à 149

Allaer (C.) :
- « L'enfant oublié », *JCP G* 1975, I, 2735 (5 pages)

Almairac (G.) :
- « Commentaire de l'ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 », *D.* 1959, Lég. p. 538 à 541

Alt-Maes (F.) :
- « Rapport de synthèse ; Acte du colloque sur le consentement aux actes médicaux », *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 45 à 50

Amon (H) :
- « L'autorité parentale à l'épreuve du placement. Vers une redéfinition du milieu ouvert », *JDJ* n° 176, juin 1998, p. 12 à 14

Aubert (J.-L.) :
- « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 17 nov. 2000) », *D.* 2001, chron. p. 489 à 491

Autem (D.) :
- « La nouvelle physionomie de la délégation d'autorité parentale », *RJPF* 2003-1/11, p. 6 à 9

Aynès (L.) :
- « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, chron. p. 492 à 496

Badel (M.) :
- « La participation de l'usager », *RD sanit. soc.* 2004, p. 804 à 818

Barbiéri (J.-F.) :
- « Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile : l'incidence de l'article 489-2 après une décennie », *JCP G* 1982, I, 3057 (12 pages)

Batteur (A.) :
- « De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les *anormaux* et les lois du 29 juillet 1994 », *Petites affiches* n° 149 du 14 décembre 1994, p. 29 à 33

Baudin-Maurin (M.-P.)
- « L'établissement de la filiation naturelle notoire d'un enfant à l'égard d'une personne hors d'état de le reconnaître », *RRJ* 2001, p. 1313 à 1349

Bauer (M.) :
- « L'utilisation des prestations sociales, contrôle ou assistance ? », *RD sanit. soc.* 1994, p. 657 à 673 (avec **Th. Fossier**)

Beignier (B.)
- « La liberté de concevoir un enfant », *Dr. famille* fév. 2004, chron. n° 3, p. 4 et 5

Bellivier (F.) :
- « La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », *RTD civ.* 2001, p. 972 à 978 (avec **J. Rochfeld**)
- « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RTD civ.* 2002, p. 574 à 591 (avec **J. Rochfeld**)

Benoît-Rohmer (F.) :
- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, doctrine p. 1483 à 1492

Bernard (A.) :
- « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *in Les cahiers du Comité consultatif national d'éthique*, n° 8, 1996, p. 18 (avec **D. Siroux**)

Bétant-Robet (S.) :
- « La notion d'enfant à charge dans le droit des prestations familiales », *RD sanit. soc.* 1991, p. 123 à 129

Blanc (G.) :
- « A propos de la responsabilité des grands-parents (brève contribution à la réflexion sur la responsabilité du fait d'autrui) », *D.* 1997, chron. p. 327 à 329

Blondy (P.) :
- « Les modifications apportées à l'administration légale, à la tutelle et à l'émancipation par la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale », *Defrénois* 1970, art. 29719, p. 1117 à 1131

Bosse-Platière (H.) :
- « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP G* 1997, I, 4030, p. 267 à 273

Boulanger (F.) :
- « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, chron. p. 1571 à 1577
- « La vie familiale », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (ss. dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, p. 201 à 222

Boumaza (A.) :
- « La stérilisation contraceptive et le *handicap mental* après la loi du 4 juillet 2001 », *RD sanit. soc.* 2002, p. 233 à 251

Bourgault-Coudevylle (D.) :
- « Commentaire de la loi I.V.G.-contraception », *RJPF* 2001-9/11, p. 6 à 9 et 2001-10/11, p. 6 à 9

Bouvier (F.) :
- « Le consentement à l'acte thérapeutique : réalité et perspectives. Les enseignements du *colloque génétique, procréation et droit* de janvier 1985 », *JCP G* 1986, I, 3249 (6 pages)

Brazier (M.)
- « L'autorité parentale (commentaire de la loi du 4 juin 1970) », *JCP G* 1970, I, 2362 (20 pages)

Brunetti-Pons (C.) :
- « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », *Dr. famille* nov. 2001, chron. n° 23 p. 4 à 9

Buffelan-Lanore (Y.) :
- « Minorité », *J.-Cl. civ.*, Art. 388, Fasc. 10, 2005
- « Majorité », *J.-Cl. civ.*, Art. 488 al. 1er, 2005

Burst (J.-J.) :
- « La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *JCP G* 1970, I, 2307 (12 pages)

Camoz (J.-Y.) :
- « L'autonomie des personnes protégées », 80e congrès des Notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles 27, 28, 29 et 30 mai 1984 (avec **D. Salomé**), p. 21 à 58

Capotorti (F.) :
- « La capacité de la personne en droit international privé », Rec. Cours La Haye 1963, p. 153 à 270

Carbonnier (I.) :
- « Autorité parentale. Exercice de l'autorité parentale », *J.-Cl. civ.*, Art. 371 à 387, Fasc. 10, 2003

Cayla (J.-S.) :
- « La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques », *RD sanit. soc.* 1980, p. 308 à 314
- « Etude critique de la protection sanitaire de la famille et de l'enfance en France », *RD sanit. soc.* 1983, p. 229 à 246
- « Action sanitaire et médico-sociale en faveur de la famille, de l'enfance et de la jeunesse (loi du 18 décembre 1989) », *RD sanit. soc.* 1990, p. 297 à 306

Ceccaldi (S.) :
- « Représentation et assistance en justice des majeurs protégés », *Gaz. Pal.* 1995, doctrine p. 1415 à 1421

Champeil-Desplats (V.) :
- « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323 à 329

Champenois (G.) :
- « La loi du 3 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption *Pater is est quem nuptiae demonstrant* ? », *JCP G* 1975, I, 2686 (22 pages)

Chauvel (P.) :
- « Consentement », *Rép. civ. Dalloz*, juin 1995

Chazal (J.) :
- « L'ordonnance du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance en danger. Texte législatif de défense sociale », *Rev. sc. crim.* 1959, p. 729 à 734
- « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », Mélanges Ancel 1975, éd. Pedone, p. 327 à 343

Cicile-Delfosse (M.-L.) :
- « Mesures transitoires de la réforme du droit de la filiation », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 11, p. 34-36

Colin (A.)
- « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 257 à 300

Colombet (C.) :
- « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron. p. 1 à 29

Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé :
- « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996, in *Les cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 8, juillet 1996, p. 12
- « La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive », 14 mai 1996, in *Les cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 9, octobre 1996, p. 3
- Avis n° 49 du CCNE du 3 avril 1996, *Les cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 8, juillet 1996, p. 3
- Avis n° 66 du CCNE du 23 novembre 2000, *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies,* Bulletin 95 du 10 décembre 2000

Conte (Ph.) :
- « L'article 389-4 du Code civil », *JCP G* 1991, I, 3513, p. 227 à 230

Cornu (G.) :
- « L'âge civil », Mélanges P. Roubier, Dalloz, 1961, t. 2, p. 9 à 36
- « La filiation », *Arch. Philo. Droit* 1975, p. 29 à 44

CREAI Bourgogne (centre régional d'étude et d'action sur les handicaps et les inadaptations) :
- « L'accompagnement des personnes déficientes intellectuelles dans leur vie affective et sexuelle », compte rendu de journée d'étude, Dijon, 2 déc. 1993

Darves-Bornoz (J.-M.), Lempérière (T.), Degiovanni (A.), Sauvage (D.) et Gaillard (P.) :
- « Les femmes psychotiques et leurs enfants », Ann. médico-psychol. 1995, vol. 153, n° 4, p. 286

Daubech (L.) :
- « Les formes légales du consentement », *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 18 à 25

Deguergue (M.) :
- « Les préjudices liés à la naissance », *RC Ass.* Mai 1998, n° spécial, « Le préjudice. Questions choisies », p. 14 à 20

Deiss (A.) :
- « Le juge des enfants et la santé des mineurs », *JCP G* 1983, I, 3125 (14 pages)

Dekeuwer-Défossez (F.) :
- « Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *D.* 1986, chron. p. 305 à 315
- « Interruption volontaire de grossesse », Rép. Pén. Dalloz, avril 1996
- « Réflexions perplexes à propos d'arrêts faussement rassurants », *D&P* déc. 2001, n° 99, p. 24 à 26

Delbano (F.) :
- « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.* 1999, chron. p. 408 à 413

Delmas-Saint-Hilaire (P.) :
- « Le handicap prévu et le droit de ne pas naître », *RJPF* 2000-12/29, p. 19 et 20

Demogue (R.) :
- « De la notion d'opposition d'intérêts en matière de tutelle », *Journal des notaires et des avocats* 1933, art. 37391, p. 5 à 9

Devèze (J.) :
- « La sexualité dans le droit pénal contemporain », Rapport présenté au colloque *Droit et réalités sociales de la sexualité*, Université des sciences sociales de Toulouse, 18-19 octobre 1985, Annales de l'université de Toulouse, p. 27

Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologie :
- « Contraception », septembre 2004
- « Eugénisme », mars 2005
- « Interruption de grossesse », septembre 2003
- « Stérilisation », mars 2004

Dorsner-Dolivet (A.) :
- « Les nouvelles dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale », *ALD* 1988, p. 103 à 112
- « La stérilisation humaine en pratique courante est toujours illicite », *Méd. & Droit* 1993, n° 2, p. 42 à 48 (avec **J.-H. Soutoul**)

Dreiffus-Netter (F.) :
- « Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l'extinction des liens familiaux », Mélanges A. Rieg, 2000, p. 263 à 288

Dubois (P.) :
- « Incapables majeurs », *Rép. civ. Dalloz*, janvier 1994 (avec **E. Paillet**)

Dubouis (L.) :
- « La pilule du lendemain : le ministre, la loi et la directive communautaire », *RFD adm.* 2000, p. 1305 à 1309

Durand (S.) :
- « Accès à la contraception et recours à l'I.V.G chez les jeunes femmes », *in De la contraception à l'avortement*, Sociologie des grossesses non prévues, Questions en santé publique par N. Bajos et M. Ferrand, Inserm 2002

Durry (G.) :
- « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Librairies Dalloz, 1965, Journées de Turin, 4-7 juin 1962, p. 611 à 630

Dupont (M.) :
- « L'enfant, l'adolescent à l'hôpital, Règles et recommandations applicables aux mineurs », *Les guides de l'AP-HP*, Doin éd. 2002, p. 139 (avec **C. Rey-Salmon**)

Duval-Arnould (D.) :
- « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.* 1999, chron. p. 471 à 475

Esper (C.) :
- « La personne de confiance », *Gaz. Pal.* 17-20 déc. 2002, n° spécial santé ; *Gestions hospitalières*, avril 2003, cahier 177, p. 316 à 320
- « Enfants, adolescents et soins. Demande de secret », *Réflexions hospitalières* nov.-déc. 2003, p. 50 à 54

Eschylle (J.-F.) :
- « Le juge de l'assistance éducative et l'I.V.G. des mineures célibataires », *RD sanit. soc.* 1997, p. 639 à 660
- « Autorité parentale. Assistance éducative. Champ d'application. Conditions », *J.-Cl. civ.*, Art. 371 à 387, Fasc. 20, 2001 (avec **M. Huyette**)
- « Autorité parentale. Assistance éducative. Modalités. Effets », *J.-Cl. civ.*, Art. 371 à 387, Fasc. 21, 2002 (avec **M. Huyette**)

Fabre-Magnan (M.) :
- « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.* 2001 p. 285 à 318

Falaise (M.) :
- « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *Petites affiches* n° 103 du 27 août 1997, p. 5 à 13

Falconetti (H.) :
- « Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative », *D.* 1963, chron. p. 45 à 48

Farge (C.) :
- C. Farge, « Le dépassement ou l'absence de pouvoir du représentant légal », *D&P* sept. 2000, p. 78 à 85

Favier (Y.) :
- « L'enfant et les institutions sociales », *RJPF* 2000-12/11, p. 6 à 8

Fenouillet (D.) :
- « Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Le corps humain ». *J.-Cl. civ*., Fasc. 12, 1992
- « Respect et protection du corps humain. La génétique humaine », J-Cl. civ., Art. 16 à 16-12, Fasc. 32, 1997
- « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit,* Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999, p. 508 à 554
- « Pour une humanité autrement fondée », *Dr. famille* avril 2001, chron. n° 7, p. 4 à 11
- « Majeurs protégés. La condition extrapatrimoniale du malade mental non placé sous régime de protection », *J.-Cl. civ*., Art. 488 à 514, Fasc. 13, 2003

Feuillet-Le-Mintier (B.) :
- « L'assistance médicale à la procréation », in *Les lois bioéthiques à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, sous la direction de B. Feuillet-Le Mintier, PUF, coll. Droit et Justice, 1999, p. 205

Fossier (Th.) :
- « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeur », *JCP G* 1985, I, 3195 (8 pages)
- « L'intervention du juge des tutelles dans la séparation de fait des parents légitimes », *JCP G* 1987, I, 3291 (6 pages)
- « L'administration légale à l'épreuve de la pratique », Actes du colloque *L'enfant, la famille et l'argent*, organisé les 13 et 14 décembre 1990 par le laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'université de Lille II sous la direction de **F. Dekeuwer-Défossez**, p. 87 à 100
- « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. soc.* 1991, p.1 à 14 (avec **M. Harichaux**)
- « Vingt-cinq ans de protection des majeurs », *JCP N* 1993, doctrine p. 164 à 168
- « L'utilisation des prestations sociales, contrôle ou assistance ? », *RD sanit. soc.* 1994, p. 657 à 673 (avec **M. Bauer**)
- « Le malade mental confronté à la médecine somatique et à la recherche. Un exemple d'application des lois bioéthiques de 1994 et du Code de déontologie de 1995 », *Gaz. Pal.* du 13 juillet 1996, 2, doctrine p. 726 à 728
- « La place de la tutelle aux prestations sociales dans la protection de l'enfant et de l'adulte », *Sauvegarde de l'enfance* 1996, n° 4-5, p. 284 à 291
- « Le bon père de famille et le majeur protégé », *JCP N* 1999, p. 831 à 835
- « La famille, gestionnaire naturelle du patrimoine de l'incapable majeur », *D&P* 2000, n° 80, p. 62 à 65
- « Tutelle. Condition du majeur en tutelle », *J.-Cl. civ*., Art.488 à 514, Fasc. 24, 2001
- « Majeurs protégés. Curatelle », *J.-Cl. civ*., Art. 488 à 514, Fasc. 25, 2001
- « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001) », *JCP G* 2001, Actualité p. 1477 à 1479 (avec **Th. Verheyde**)
- « Mémoire pour servir à l'histoire d'une loi future (Jurisprudence récente et autres sources d'inspiration de la réforme du droit des incapacités », *Dr. famille* juin 2002, chron. n° 12, p. 4 à 8, et juill-août 2002, chron. n° 15, p. 4 à 6
- « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G* 2003, I, 135, p. 931 à 936

- « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. famille* mai 2004, Etude p. 6 à 11
- « Tutelle. Fonctionnement. Directive de gestion tutélaire », *J.-Cl. civ.*, Art. 449 à 468, Fasc. 30, 2005
- « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois 2005, art. 38076, p. 3 à 34
- « (Petits) dits et (gros) non-dits : filiation nouvelle et autorité parentale », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 10, p. 32-33

Foyer (J.) :
- « Le droit de l'enfant à la vie », in *Les droits naturels de l'enfant*, Actes du 1er colloque des juristes catholiques, Versailles 1979, éd. Téqui p. 32

Fresnel (F.) :
- « La stérilisation volontaire contraceptive », *D.* 2001, interview p. 2045 et 2046
- « La stérilisation des handicapés mentaux », *Méd. & Droit* 1998, n° 31, p. 12 à 17
- « La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé », *Gaz. Pal.* du 26 août 1999, doctrine p. 1239 à 1245

Fulchiron (H.) :
- « L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents », *JCP G* 1990, I, 3462 (6 pages)
- « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, août 2004 (avec **A. Gouttenoire**)
- « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chron. p. 117 à 122
- « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, art. 37580, p. 959 à 997

Gal (H.) :
- « Les dispenses d'âge fondées sur l'état de grossesse de la future épouse et le nouvel article 331 du Code pénal », *JCP* 1948, I, 687 (2 pages)

Galliou-Scanvion (A.-M.) :
- « L'article 1384 alinéa 1er et la responsabilité du fait d'autrui : un fardeau non transférable sur les épaules d'un tuteur », *D.* 1998, chron. p. 240 à 242

Garay (A.) :
- « Le consentement à l'acte médical au regard de la convention européenne des droits de l'homme », *Petites affiches* du 18 juin 1997, n° 73, p. 9 à 12
- « Consentement aux actes médicaux et droits des patients », *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 26 à 36

Gaumont-Prat (H.) :
- « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », *Dr. famille* mai 2003, chron. n° 14, p. 4 à 9

Gautier (P.-Y.) :
- « Les distances du juge à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *JCP G* 2001, I, 287, p. 66 à 68

Gebler (M.-J.) :
- « Autorité parentale », *J.-Cl. civ*., Fasc. 20, 1995

Geffroy (C.) :
- « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP G* 1993, I, 3724, p. 527 à 531
- « Pour une autre conception de la tutelle des mineurs », *JCP N* 1993, doctrine p. 99 à 102
- « Tutelle. Organisation. Tutelle de l'article 433 du Code civil concernant les mineurs (Tutelle départementale. Ancienne tutelle d'Etat) », *J.-Cl. civ*., Art. 393 à 448, Fasc. 25, 2005
- « Tutelle. Organisation. Tutelle des pupilles de l'Etat », *J.-Cl. civ*., Art. 393 à 448, Fasc. 26, 2005

Ghelfi-Tastevin (F.) :
- « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites affiches* n° 31 du 13 mars 1998, p. 4 à 12

Ghestin (J.) :
- « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenus variables en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, sous la dir. de Ch. Perelman et R. Van der Elst, Bruxelles, Bruylant 1984

Gisser (F.) :
- « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la pré-majorité », *JCP G* 1984, I, 3142 (5 pages)

Glorion (B.) :
- « Le consentement et ses aspects déontologiques. Actes du colloque sur le consentement aux actes médicaux », *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 4 à 6

Gobert (M.) :
- « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP G* 1971, I, 2421 (8 pages)
- « Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur », in *Médecine, Bioéthique et droit*, Economica 1999, p. 113 à 139
- « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *Petites affiches* du 8 décembre 2000, n° 245, p. 4 à 8

Gomaa (N. M. K.) :
- « La réparation du préjudice causé par les malades mentaux », *RTD civ.* 1971, p. 29 à 60

Gourevitch (M.) :
- « La protection des majeurs vue par le médecin commis par le juge des tutelles », *Rev. adm.* 2000, n° 314, p. 187 à 193

Gouttenoire (A.) :
- « L'administrateur ad hoc dans le cadre de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *Petites affiches* n° 53 du 3 mai 1995, p. 87 à 89

- « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr. famille* avril 1998, chron. n° 6, p. 4 à 6
- « La consécration de la coparentalité », *Dr. famille* déc. 2002, chron. n° 24, p. 4 à 6
- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille* janvier 2003, chron. n° 1, p. 4 à 7 (avec **P. Murat**)
- « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, août 2004 (avec **H. Fulchiron**)
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 6, p. 20-22

Granet (F.) :
- « Le triptyque de l'article 322 al. 2 du Code civil », JCP G 1985, I, 3219 (5 pages)
- « Dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle, Présomptions relatives à la filiation », *J.-Cl. civ.*, Art. 311 à 311-3, Fasc. 10, 1999
- « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2005, chron. p. 17 à 28 (avec **J. Hauser**)
- « La présomption de paternité », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 3, p. 11-13

Gridel (J.-P.) :
- « L'âge et capacité civile », *D.* 1998, chron. p. 90 à 99
- « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », Rapport annuel Cour de cassation 2000, « La protection de la personne », Documentation française, étude p. 79
- « La sénescence mentale et le droit », *Gaz. Pal.* du 21-22 mars 2001 2001, doctrine p. 408 à 415
- « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.* du 21-22 mars 2003, doctrine p. 765 à 771

Grimaldi (M.) :
- « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », *Gaz. Pal.* du 11 septembre 1986, doctrine p. 529 à 553
- « La fiducie… réflexions sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, art. 35094, p. 961 à 996 et art. 35085, 897 à 922
- « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », *Defrénois* 1991, art. 35000, p. 385 à 398

Gromb (S.) :
- « L'expert et le consentement éclairé », *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 15 à 17

Groslière (J.) :
- « La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique », *D.* 1991, chron. p. 149 à 153

Groutel (H.) :
- « Responsabilités du fait d'autrui : l'inexorable progression », RC ass. fév. 2003, chron. n° 4, p. 4 à 7

Guignard (L.) :
- « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *RRJ* 2000-1, p. 45 à 65

Guiho (P.) :
- « Essai d'une théorie générale du droit de visite », *JCP* 1952, I, 963 (12 pages)
- « Filiation légitime ; Désaveu et contestation de paternité », *J.-Cl. civ*., art. 312 à 318-2, Fasc. 20, 2002

Guineret-Brobbel Dorsman (A.) :
- « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Petites affiches* n° 64 du 31 mars 2003, p. 5 à 8 (avec **S. Sire**)

Hardouin (M.) :
- « Grossesse et liberté de la femme », *Dr. soc.* sept.-oct. 1977, p. 287 à 310

Hardy (A.) Bourserie (J.) et Delbard (D.) :
- « La convention internationale des droits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français », *RRJ* 2001, p. 907 à 940

Harichaux (M.) :
- « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RD sanit. soc.* 1991, p.1 à 14 (avec **Th. Fossier**)

Hauser (J.) :
- « De 1964 à 1970. Les retombées de la loi relative à l'autorité parentale sur les institutions tutélaires. II Défaillances de l'autorité parentale et tutelle », *D.* 1971, chron. p. 65 à 70 (avec **E. Abitbol**)
- « Réflexion sur la protection de la personne de l'incapable », Mélanges Raynaud, Dalloz, 1985, p. 227 à 236
- « Prestations familiales et modèles familiaux », *RD sanit. soc.* 1994, p. 627 à 639
- « Filiation. Identification génétique, Procréation médicalement assistée », *J.-Cl. civ*, Art. 311-19 à 311-20, 1997
- « La notion d'incapacité », *Petites affiches* du 17 août 2000, n° 164, p. 3 à 8
- « Le préjudice d'être né, question de principe », *D&P*, Janv. 2001, Actualité p. 6 à 8
- « De la nature juridique de la représentation des mineurs (à propos de Cass. ch. mixte, 9 février 2001) », *RJPF* 2001-6/11, p. 6 à 8
- « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *Petites affiches* du 19 mars 2002, n° 56, p. 4 à 10
- « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale », *in L'autorité parentale en question*, Journées d'étude des 13 et 14 décembre 2001, LERADP, Presses universitaire du Septentrion 2003, p. 67 à 79
- « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2005, chron. p. 17 à 28 (avec **F. Granet**)
- « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 1, p. 6 à 8

Hennion-Moreau (S.) :
- « Responsabilité civile et pénale du handicapé et des personnes qui l'encadrent », *RD sanit. soc.* 1998, p. 180 à 191

Hochard (J.) :
- « Le droit personnel des enfants aux prestations familiales », *Droit social* 1961, p. 113 à 122

Houin (R.) :
- « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 383 à 405

Huet-Weiller (D.) :
- « Requiem pour une présomption moribonde. La contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'article 322 al. 2 du Code civil », *D.* 1985, chron. p. 123 à 126

Huyette (M.) :
- « Autorité parentale. Assistance éducative. Champ d'application. Conditions », *J.-Cl. civ*., art. 371 à 387, Fasc. 20, 2001 (avec **J.-F. Eschylle**)
- « Autorité parentale. Assistance éducative. Modalités. Effets », *J.-Cl. civ*., art. 371 à 387, Fasc. 21, 2002 (avec **J.-F. Eschylle**)

Jestaz (Ph.) :
- « Les actes homosexuels accomplis sur la personne d'un mineur », *RTD civ.* 1982, n° 4, p. 795 à 801
- « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.* 2001, Variétés p. 547 à 557

Josselin-Gall (M.) :
- « Un pas en arrière sur le chemin de la reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui », *JCP N* 1998, I, p. 1217 à 1221

Jouhet (Dr.) :
- « La procréation chez les handicapés mentaux », *Revue réadaptation* n° 336, janvier 1987

Jourdain (P.) :
- « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *in* « La responsabilité du fait d'autrui. Actualités et évolutions », *RC ass.* Hors série, nov. 2000, p. 5 à 9

de Juglart (M.) :
- « Les droits de puissance paternelle des ascendants », Rev. crit. Lég. et jurisp. 1938, p. 391

Kafé (H.), Brouard (N.) :
- « Comment ont évolué les grossesses chez les adolescents depuis 20 ans », Population et sociétés, INED, octobre 2000, n° 361

Kayser (P.) :
- « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 445 à 509
- « Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique ? », *D.* 2001, chron. p. 1889 à 1892

Kimmel-Alcover (A.) :
- « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RD sanit. soc.* 2005, p. 265 à 277

Labbée (X.) :
- « Respect et protection du corps humain, L'embryon *in utero* », *J.-Cl. civ*., Art. 16 à 16-12, Fasc. 54, 1997

Labrusse-Riou (C.) :
- « Filiation », *Rép. civ. Dalloz*, janvier1995
- « La vie humaine peut-elle être un préjudice », *D* .2000, n° 44, Point de vue (2 pages) (avec **B. Mathieu**)

Lambert-Faivre (Y.) :
- « Les assurances obligatoires », in *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1997, p. 541
- « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *D.* 2002, chron. p. 1217 à 1220, 1291 à 1296, 1367 à 1374

Lamboley (A.) :
- « Les droits fondamentaux de l'enfant », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 11e éd., 2005, sous la direction de **R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet**, p. 247 à 272

Langé (D.) :
- « Le conjoint de l'aliéné », *RTD civ.* 1984, p. 33 à 68

Lapoyade-Deschamps (A.) :
- « Les renonciations en droit de la famille », *D.* 1993, chron. p. 259 à 264

Leduc (F.) :
- « Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui », *in* « La responsabilité du fait d'autrui. Actualités et évolutions », *RC ass.* Hors série, nov. 2000, p. 18 à 26
- « Handicap génétique ou congénital », *RC ass.*, février 2001, p. 4 et 5

Legeais (R.) :
- « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *Defrénois* 1988, art. 34243, p. 625 à 646

Lemouland (J.-J.) :
- « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p. 1 à 24

Leroyer (A.-M.) :
- « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD civ.* 1998, p. 587 à 606

Le Tourneau (Ph.) :
- « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP G* 1971, I, 2401 (14 pages)

Levy (M.) :
- « L'adulte handicapé mental en établissement social : l'institution et la personne », *RD sanit. soc.*1989 p. 16 à 32

Lhuillier (J.-M.) :
- « La distribution des médicaments dans les établissements sociaux et médico-sociaux », à propos de la circulaire 99/320, DGS/DAS du 4 mars 1999 relative à la distribution de médicament, *RD sanit. soc.* 1999, n° 1, p. 806 à 808
- « Libertés individuelles et règlement de fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RD sanit. soc.* 1999 p. 811 à 824
- « Les conséquences du développement du droit des usagers sur la responsabilité dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux », *RD sanit. soc.* 2001, p. 563 à 571
- « Le règlement de fonctionnement », *RD sanit. soc.* 2004, p. 795 à 803

Ligneau (Ph.) :
- « La réforme de l'aide sociale dans la loi du 6 janvier 1986 », *RD sanit. soc.* 1986, p. 467 à 477

Macorig-Venier (F.) :
- « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance ? », *RD sanit. soc.* 1993, p. 170 à 178

Malaurie (Ph.) :
- « Couple, procréation et parenté (colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 juin 1997) », *D.* 1998, chron. p. 127 à 131
- « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit de connaître ses origines. L'affaire Odièvre », *JCP* G 2003, I, 120, p. 545 à 548

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
- « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2003, chron. p. 1240 à 1245

Martin (R.) :
- « Personne, corps et volonté », *D.* 2000, chron. p. 505 à 508

Massip (J.) :
- « L'exercice de l'autorité parentale dans la famille naturelle », *Defrénois* 1974, art. 30544, p. 257 à 266
- Y-a-t-il encore des interdits légaux ? », *Defrénois* 1996, art. 36275, p. 379 à 384
- « La protection de l'enfant », in Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Egyptiennes, LGDJ, T. 30, 1979, p. 101 à 116
- « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 20006, art. 38303, p. 6 à 35, art. 38312, p. 91 à 126, art. 38324, p. 209 à 229

Mathieu (B.) :
- « La vie humaine peut-elle être un préjudice », *D.* 2000, n° 44, Point de vue (2 pages) (avec **C. Labrusse-Riou**)

Matocq (O.) :
- « Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ? », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 7, p. 23-24

Mazeaud (D.) :
- « Naissance, handicap et lien de causalité », Interview, *D.* 2000 n° 44 (2 pages)

Mazeaud (H.) :
- « La faute objective et la responsabilité sans faute », *D.* 1985, chron. p. 13 et 14

Maziau (N.) :
- « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RD sanit. soc.* 1999 p. 469 à 492

Mehier de Mathuisieulx (S.) :
- « Le handicap et l'autorité parentale », *RD sanit. soc.* 1993, p. 187 à 194

Mémeteau (G.) :
- « Le refus de soins à enfant conçu », *RD sanit. soc.* 1979, p. 317 à 333
- « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *RD sanit. soc.* 1983, p. 525 à 541
- « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques », *JCP G* 1995, I, 3838, p. 167 à 169
- « La contraception chez les personnes handicapées mentales. Commentaire de l'avis du CCNE n° 49 du 3 avril 1996 », *Méd. & Droit* 1998, n° 29, p. 15 à 18
- « L'action de vie dommageable », *JCP G* 2000, I, 279, p. 2275 à 2280

Mercadel (B.)
- « Reconnaître : reconnaissances et actes récognitifs », *RTD civ.* 1963, p. 481 à 497

Meulders-Klein (M.-T.) :
- « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assitées », *RTD civ.* 1988, p. 645 à 672
- « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », Mélanges G. Cornu, PUF, 1994, p. 317 à 332
- « La famille et les familles : quelle identité aujourd'hui ? », Actes des journées organisées pour l'institut d'étude de la famille et de la sexualité, Louvain-la-Neuve 25 et 26 mars 1995, Académie Bruylant

Mazen (N. J.) :
- « Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain », *RRJ* 1988, p. 1157 à 1180

Millet (F.) :
- « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP* G 2006, I, 112

Monéger (F.) :
- « Autorité parentale et assistance éducative (affaire Delannay, suite et fin ?), RD sanit. soc. 1992, p. 156 à 162
- « La relation de charge dans les prestations familiales », *RD sanit. soc.* 1994, p. 613 à 626
- « L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire Odièvre contre France », *RD sanit. soc.* 2003, p. 219 à 226

Montanier (J.-C.) :
- « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP G* 1982, I, 3076 (6 pages)

Murat (P.) :
- « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leurs modes d'établissements : jusqu'où aller », *Dr. famille* oct. 1998, chron. n° 14, p. 4 à 9
- « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? (à propos Ass. Pl. 13 juillet 2001) », *Dr. famille* nov. 2001, chron. n° 24, p. 10 à 13
- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille* janv. 2003, chron. n° 1, p. 4 à 7 (avec **A. Gouttenoire**)
- « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 5, p. 17-20

Nau (J.-Y.) :
- « La sexualité heureuse du 4e âge », suite à l'étude de l'équipe médicale suédoise d'Ingmar Skoog publiée dans le « New England journal of medicine », Le Monde du 2 mai 1996, p. 1
- « Une étude dénonce la confiscation de la sexualité des handicapés mentaux », Le Monde du 16 février 1998, p. 8

Neirinck (C.) :
- « Autorité parentale. Délégation », *J.-Cl. civ*., Article 371 à 387, Fasc. 30, 2004
- « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP N* 1991, doctrine p. 180 à 184
- « Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Le jeune », *JCP G* 1993, I, 3677 (5 pages) (avec **P.-M. Martin**)
- « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922, p. 149 à 154
- « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, sept. 1998
- « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G* 2000, I, 228, p. 899 à 904
- « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003-3/12, p. 6 à 10
- « Filiation adoptive. Adoption plénière. Conditions préalables à l'adoption », *J.-Cl. civ*. Art. 343 à 370-2, Fasc. 20, 2003
- « Autorité parentale, Retrait », *J.-Cl. civ*., Art. 371 à 387, Fasc. 40, 2005
- « La maternité », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 2, p. 9-11

Nerson (R.) :
- « Le respect par le médecin de la volonté du malade », Mélanges Marty, 1976, p. 853 à 880
- « La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du Code civil », *RTD civ.* 1980, p. 100 à112

Niboyet (M.-L.) :
- « Capacité, Protection des incapables », J.-Cl. Droit international privé français, Fasc. 545, 1998

d'Onorio (J.-B.) :
- « Loi Veil : Réflexions sur un premier bilan », *JCP G* 1986, I, 3246 (3 pages)

Oppelt-Reneveau (M.-E.) :
- « La protection de la personne de l'incapable majeur », *Petites affiches* n° 220 du 4 novembre 1999, p. 4 à 10

Paillet (E.) :
- « Incapables majeurs », *Rép. civ. Dalloz*, janvier 1994 (avec **P. Dubois**)
- « La dignité de la personne majeure protégée », Mélanges Christian Bolze, Economica, 1999, p. 283 à 299

Pansier (F.-J.) :
- « Le consentement face à l'hôpital » *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 11 à 14

Parcheminal (H.) :
- « Le juge aux affaires familiales, Nouveau juge des conflits familiaux (loi n° 93-22 du 8 janvier 1993) », *JCP G* 1994, I, 3762, p. 227 à 233

Pavia (M.-L.) :
- « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *Petites affiches* du 6 mai 1994, n° 54, p. 6 à 13

Pélissier (A.) :
- « L'incidence de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale », *JCP* E, cah. dr. entr. n° 1, p. 33

Pelloux (P.) (et alii):
- « Table ronde sur le consentement » (dans la pratique de l'urgence), *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 39 et 40

Penneau (J.) :
- « Corps humain », *Rép. civ. Dalloz*, juin 1995
- « Le consentement face au droit de la responsabilité médicale », *Gaz. Pal.* 1999, n° spécial, doctrine p. 7 à 10

Philippe (C.) :
- « Volonté, responsabilité et filiation », *D.* 1991, chron. p. 47 et 48

Pierre (M.-T.) et Jourdain (A.) et Lecorps (Ph.) :
- « L'interruption volontaire de grossesse », *RFAS* avril-juin 1981, n° 2, spéc. « Les mineures et l'I.V.G », p**.** 36 à 38

Pillebout (J.-Fr.) :
- « Les risques de nullité pour incapacité », *D.* 1983, doctrine p. 279 à 282

Piotraut (J.-L.) :
- « La notion de gravité dans le Code civil », *Gaz. Pal.* du 17-19 sept. 2000, doctrine p. 1612 à 1626

Pisani (C.) :
- « La fiducie », *Defrénois* 1990, art. 34772, p. 535 à 542

Précigout (A.) :
- « La reconnaissance d'enfant naturel », *JCP N* 1976, I, 2772 (20 pages)

Prétot (X.) :
- « Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale ? », *RD sanit. soc.* 1991, p. 482 à 492

Prieur (S.) :
- « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *Rev. gén. dr. médical* 2002, p. 119 à 136

Putman (E.) :
- « Présentation des décrets d'application de la loi IVG-contraception », *RJPF* 2002-9/11, p. 9 et 10

Py (B.) :
- « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RD sanit. soc.* 1996, p. 229 à 247

Radé (C.) :
- « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand, 2e chambre civile, 19 février 1997) », *D.* 1997, chron. p. 279 à 285
- « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, chron. p. 301 à 305
- « Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question (premières réflexions après l'arrêt Perruche) », *RC ass.* Janvier 2001, chron. n° 1, p. 4 à 7
- « La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires (à propos de CE, 30 juin 2000, Ass. Choisir la vie) », *D.* 2000, chron. p. 545 à 549 (avec **O. Dubos**)

Raison (A.) :
- « Mineur ayant un enfant - Exercice des droits concernant cet enfant », *JN* 1987, Sol. prat., art. 59131, n° 5, p. 1040 et 1041

Raymond (G.) :
- « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G* 1987, I, 3299 (6 pages)
- « Administration légale et tutelle », *Rép. civ. Dalloz*, mars 2000

Raynaud (P.) :
- « La puissance paternelle et l'assistance éducative », Mélanges Savatier, Dalloz, 1965, p. 807 à 820
- « L'enfant peut-il être objet de droit », *D.* 1988, chron. p. 109 à 112
- « Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation : état du droit positif français », Actes du colloque *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, p. 87 à 99
- « Le démantèlement de la présomption de paternité légitime (à propos de deux arrêts de la 1re chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 1985) », *D.* 1985, chron. p. 205 à 210

Raynaud de Lage (N.) :
- « A propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicaps mentaux », *Dr. famille* 2001, chron. n° 2

Rebecq (G.) :
- « L'article 389-4 du Code civil et le conflit parental », *Gaz. Pal.* du 7 décembre 1999, doctrine p. 1979 à 1789 et *JCP N* 1998, p. 1015 à 1023

Rebourg (M.) :
- « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *RD sanit. soc.* 1998, p. 402 à 415

Redon (M.) :
- « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental », *D.* 2001, chron. p. 1194 et 1195

Regourd (S.) :
- « Sexualité et libertés publiques », Rapport présenté au colloque Droit et réalités sociales de la sexualité, Université des sciences sociales de Toulouse, 18-19 octobre 1985, Annales de l'université de Toulouse
- « Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort », *RD publ.* 1981, p. 403 à 469

Rèmond-Gouilloud (M.) :
- « La possession d'état d'enfant (à propos de la loi du 3 janvier 1972) », *RTD civ.* 1975, p. 459 à 481

Renaut (M.H.) :
- « L'évolution de l'acte médical », *RD sanit. soc.* 1999, p. 45 à 71

Rey-Salmon (C.) :
- « L'enfant, l'adolescent à l'hôpital, Règles et recommandations applicables aux mineurs », *Les guides de l'AP-HP*, Doin éd. 2002, p. 139 et s. (avec **M. Dupont**)

Rihal (H.) :
- « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RD sanit. soc.* 1997, p. 503 à 514

Robert (Ph.) :
- « La tutelle aux prestations sociales en droit des mineurs après la loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 », *D.* 1967, p. 245 à 250
- « L'assistance éducative à travers la jurisprudence. Premières années d'application de l'ordonnance du 23 décembre 1958 », *JCP* G 1968, I, 2158 (18 pages)
- « L'assistance éducative à travers la jurisprudence (Second tableau de jurisprudence) », *JCP G* 1970, I, 2312 (8 pages)

Rochfeld (J.) :
- « La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », *RTD civ.* 2001, p. 972 à 978 (avec **F. Bellivier**)

Roman (D.) :
- « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé ? », *D.* 2005, chron. p. 1508 à 1516

Rouast (A.) :
- « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale (loi du 14 décembre 1964), *JCP* 1965, I, 1917 (12 pages)
- « La représentation dans les actes juridiques », Rapport in travaux de l'association Henri Capitant, 1949, p. 110 à 121

Roubier (P.) :
- « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Arch. philo. du droit* 1957, « Le rôle de la volonté dans le droit », p. 1 à 69
- « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *Arch. philo. du droit*, « Le droit subjectif en question », tome IX, 1964, p. 83 à 95

Roujou de Boubée (G.) :
- « L'interruption volontaire de grossesse (Ccommentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975) », *D.* 1975, chron. p. 209 à 220

Rubellin-Devichi (J.) :
- « Le droit et l'interruption de grossesse », *Petites affiches* n° 69 du 7 juin 1996, p. 19 à 23
- « L'affaiblissement de la présomption de paternité », in *Mariage et famille en question*, ss dir. R. Nerson, vol. 1, CNRS, 1978, p. 121 à 189
- « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ.* 1991 p. 695 à 704
- « Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP G* 1993, I, 3659 (6 pages)

Saint-Alary-Houin (C.) :
- « La sexualité dans le droit civil contemporain », Rapport présenté au colloque Droit et réalités sociales de la sexualité, Université des sciences sociales de Toulouse, 18-19 octobre 1985, Annales de l'université de Toulouse, p. 5

Saint-Jours (Y.) :
- « Handicap congénital. Erreur de diagnostic prénatal. Risque thérapeutique sous-jacent (à propos de l'arrêt *P*... du 17 novembre 2000) », *D.* 2001, chron. p. 1263 et 1264

Salas (D.) :
- « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », Justices 2001, p. 14 à 20

Saleilles (R.) :
- « Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile », Bulletin de la société d'études législatives, 1904, p. 277

Salomé (D.) :
- « L'autonomie des personnes protégées », 80e congrès des Notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles 27, 28, 29 et 30 mai 1984, p. 21 à 58 (avec **J.-Y. Camoz**)

Salvage-Gerest (P.) :
- « Tutelle. Administration légale pure et simple », *J.-Cl. civ*il, Art. 389 à 392, Fasc. 20, 2002
- « Tutelle. Fonctionnement. Direction de la personne du mineur », *J.-Cl. civ*., Art. 449 à 468, Fasc. 20, 2002
- « Tutelle. Généralités. Cas d'ouverture des différents régimes », *J.-Cl. civ*., Art. 389 à 392, Fasc. 10, 1998
- « Tutelle. Administration légale sous contrôle judiciaire », *J.-Cl. civ*., Art. 389) 392, Fasc. 30, 2002
- « Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? (à propos de Cass. 1re civ., 24 octobre 2000) », *Dr. famille* sept. 2001, chron. n° 19, p. 8 à 10
- « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. famille* avril 2003, chron. n° 12, p. 8 à 14
- « L'article 350, alinéa 1er, du Code civil, cinquième version », *Dr. famille 2005*, Alerte 61
- « Genèse d'une quatrième réforme, ou l'introuvable article 350, alinéa 1er, du Code civil », *AJF* 2005, p. 350
- « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. famille* janv. 2006, Etudes 4, p. 13-16

Sargos (P.) :
- « Réflexions *médico-légales* sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique », *JCP G* 2001, I, 322 (4 pages)

Sautel (O.) :
- « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *D.* 1999, chron. p. 487 à 495

Savatier (R.) :
- « La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité des personnes dont on doit répondre ? », *D.* 1933, chron. p. 81 à 84
- « Sur le contrôle de la puissance paternelle », Rapport in Travaux de l'association Henri Capitant, 1947, p. 438 à 447
- « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.* 1959, chron. p. 47 à 54
- « Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil », *D.* 1968, chron. p. 109 à 116

Sériaux (A.) :
- « Tes père et mère honoreras », Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RD sanit. soc.* 1986, p. 265 à 281
- « *Perruche* et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », *D.* 2002, chron. p. 1996 à 2000

Serverin (E.) :
- « La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects juridiques et sociologiques », *RD sanit. soc.* 1980, p. 291 à 307

Simon (O.) :
- « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974, p. 707 à 738

Simler (Ph.) :
- « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », *RTD civ.* 1972, p. 685 à 728

S. Sire :
- « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Petites affiches* n° 64 du 31 mars 2003, p. 5 à 8 (avec **A. Guineret-Brobbel Dorsman**)

Siroux (D.) :
- « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *in Les cahiers du Comité consultatif national d'éthique*, n° 8, 1996, p. 18 (avec **A. Bernard**)

Sohm-Bourgeois (A.-M.) :
- « Minorité-Majorité », *Rép. civ. Dalloz*, octobre 1996

Soutoul (J.-H.) :
- « La stérilisation humaine en pratique courante est toujours illicite », *Méd. & Droit* 1993, n° 2, p. 42 à 48 (avec **A. Dorsner-Dolivet**)

Stoufflet (J.) :
- « L'activité juridique du mineur non émancipé », Mélanges Voirin, LGDJ, 1967, p. 782 à 796
- « L'abandon d'enfant », *RTD civ.* 1959, p. 627 à 664

Tarabeux (F.) :
- « La tutelle aux prestations sociales (Décret n° 69-399 du 25 avril 1969) », *JCP G* 1969, I, 2273 (10 pages)

Taquet (F.) :
- « Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001) », *Gaz. Pal.* des 15 et 16 février 2002, doctrine p. 267 à 274

Terrasson de Fougères (A.) :
- « La résurrection de la mort civile », *RTD civ.* 1997 p. 893 à 904
- « Périsse le jour qui me vit naître (A propos de l'arrêt Assemblée Plénière 17 novembre 2000) », *RD sanit. soc.* 2001, p. 1 à 12

Terré (F.) :
- « Le prix de la vie », *JCP G* 2000, Actualité p. 2267 (2 pages)
- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (ss. dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, p. 3 à 6

Thouvenin (D.) :
- « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.* 1991, chron. p. 221 à 228
- « Les avatars de l'article 16-3 alinéa1er du Code civil », *D.* 2000, chron. p. 485 à 490

Topor (L.) :
- « Etat et capacité des personnes », *Rép. civ. Dalloz*, janvier 1990

de Touzalin (H.) :
- « Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort (décret n° 74-27 du 14 janvier 1974) », *JCP G* 1974, I, 2672 (5 pages)

Trillat (B.)
- « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », Mélanges Huet-Weiller, LGDJ, 1994, p. 513 à 531

UNAPEI :
- Communiqué de presse de l'UNAPEI, 22 avril 1996, Tutelles infos n° 97, p. 12

Vaysse (S.) :
- « Le travail de médiation des délégués à la tutelle aux prestations sociales enfants », *Petites affiches* n° 170 du 26 août 2002, p. 43 à 48

Verdier (P.) :
- « L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat à la lumière de la pratique et de la jurisprudence », *RD sanit. soc.* 1992, p. 354 à 367
- « Lecture actuelle de l'article 350 », *RD sanit. soc.* 1975, p. 400 à 413 et *RD sanit. soc.* 1977, p. 170 et 171
- « De l'assistance au contractuel : nouveaux droits des parents, nouveaux droits des enfants », Actes du colloque *10 ans après le rapport Bianco-Lamy*, organisé à Villeurbanne les 4 et 5 décembre 1990, p. 183

Véron (M.) :
- « Volonté du père et reconnaissance d'enfant », *RTD civ.* 1967, p. 521 à 544

Vidal (J.) :
- « Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation », Mélanges Hébraud, 1981, p. 887 à 915

Vigneau (D.) :
- « 2001, le droit libéral de l'avortement », *Rev. gén. dr. méd.* 2001, n° 6, p. 207 à 225
- « L'autonomie du mineur en matière de santé », *in* J.-J. Lemouland (ss. dir.), *La condition juridique du mineur*, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 27 juin 2003, 4e journée internationale, Litec 2004, p. 41 à 55

Vignon-Barrault (A.) :
- « Remarques sur l'évolution de l'action en constatation de possession d'état d'enfant naturel », *Petites affiches* n° 141 du 16 juillet 2003, p. 3 à 12

Vion (M.) :
- « L'administration légale après la loi du 23 décembre 1985 », *Defrénois* 1987, art. 33843, p. 65 à 72

Viney (G.) :
- « Du droit de visite », *RTD civ.* 1965, p. 225 à 260
- « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil. A partir d'un système de réparation des dommages causés sous l'empire d'un trouble mental, une nouvelle étape de l'évolution du droit de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1970, p. 251 à 267
- « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP G* 1985, I, 3189 (9 pages)
- « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion (cass. ass. Plén. 17 nov. 200) », *JCP* G 2001, I, 286, p. 65 et 66
- « Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil », *D.* 1991, chron. p. 157 à 161

Xuereb (J.-C.) :
- « Protection sociale et protection judiciaire. Relations entre les DASS et les juges des enfants », *RD sanit. soc.* 1980, p. 135 à 143

Zeindeberg (S.) :
- « Le droit de la famille face à la contrariété d'intérêts », *RRJ* 2003, p. 631 à 666

Zénati (F.) :
- « Législation française et communautaire », *RTD civ.* 1986, p. 197 à 202

4. NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

Abitbol (E.) :
- Cass. ch. mixte, 29 janvier 1971 : *D.* 1971, jurisp. p. 304 (avec **J. Hauser**)

Agostini (E.) :
- TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juillet 2004 : D. 2004, jurisp. p. 2392

Angevin (H.) :
- Cass. crim., 5 septembre 1990 : *D.* 1991, jurisp. p. 13

Ardeef (I.) :
- CA Agen, 14 décembre 1995 : *JCP* G 1997, II, 22749, 1re esp.
- Cass. 1re civ., 5 novembre 1996 : *JCP* G 1997, II, 22749, 2e esp.

Aubert (J.-L.) :
- Cass. 1re civ., 20 juillet 1976 : *Defrénois* 1977, art. 31343, p. 401, n° 14
- Cass. 3e civ., 15 avril 1980 : *Defrénois* 1981, art. 32682, n° 50, p. 853
- Ass. Pl., 29 mars 1991, Blieck : *D.* 1991, somm. p. 324 et *Defrénois* 1991, art. 35062, n° 44, p. 729
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *Defrénois* 2001, art. 37309, n° 17, p. 262

Batiffol (H.) :
- Cass. civ., ép. Silvia, 25 juin 1957 : *Rev. crit. DIP* 1957, p. 680

Batteur (A.) :
- Cass. 2e civ., 24 janvier 1996 : *Petites affiches* n° 72 du 14 juin 1996, p. 28

de Béchillon (D.) :
- CE, 26 octobre 2001 : *RFD adm.* 2002, p. 156

Bernigaud (S.) :
- Cass. 1re civ., 3 décembre 1991 : *JCP* G 1993, I, 3639, n° 47 à 51
- Cass. 1re civ., 23 février 1994 : *JCP* G 1994, II, 22341 (2e espèce)

Bétant-Robet (S.) :
- CA Paris, 10e ch., 3e sect., 8 juin 1973 : *JCP* G 1974, II, 17660

Blanc(A.-M.) :
- Cass. 2e civ., 17 décembre 1998 : *RJPF* 1999-4/25
- Cass. avis., 27 septembre 1999 : *RJPF* 2000-1/35
- Cass. 1re civ., 6 février 2001 : *RJPF* 2001-5/48
- Cass. 1re civ., 6 mars 2001 : *RJPF* 2001-6/35
- CE, 4 décembre 2002 : *RJPF* 2003-4/35

Bloch (L.) :
- CA Aix-en-Provence, 10e ch. civ., 21 mars 2001 : *JCP* G 2001, II, 10600

Boissard (S.) :
- CE, 30 juin 2000, Association « Choisir la vie » et a. : *AJDA* 2000, p. 729 (concl.)

Bonneau (J.) :
- TGI Nancy, 7 novembre 1994 : *Gaz. Pal.* 1995, somm. p. 375
- CA Paris, 12 janvier 1996 : *Gaz. Pal.* 1996, jurisp. p. 407

Bouché (G.) :
- Cass. 2e civ., 20 novembre 2003 : *D.* 2004, jurisp. p. 300

Braibant (G.) :
- CE, 27 octobre 1965, dpt du Doubs c. Compagnie d'assurances générales contre les incendies et les explosions : *RD sanit. soc.* 1966 (concl.), p. 70

Bruggeman (M.) :
- Cass. 1re civ., 24 octobre 2000 : *Petites affiches* n° 171 du 28 août 2001, p. 5

Cabannes (J.) :
- Ass. Pl., 28 mai 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 117 (concl.)
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Fullenwarth : *D.* 1984, jurisp. p. 525 (concl.)
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Derguini et Lemaire : *D.* 1984, jurisp. p. 525 (concl.)

Carbonnier (J.)
- Cass. 1re civ., 31 octobre 1934 : *DP* 1935, 1, p. 52

Cayla (S.) :
- CE, 30 juin 2000, Assoc. « Choisir la vie » et a. : *RD sanit. soc.* 2000, n° 7, p. 711

Chabas (F.) :
- Cass. 1re civ., 20 juillet 1976 : *JCP* G 1979, I, 2953, n° 125
- Cass. 3e civ., 15 avril 1980 : *RTD civ.* 1981, n° 2, p. 155
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Fullenwarth : *D.* 1984, jurisp. p. 525
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Derguini et Lemaire : *D.* 1984, jurisp. p. 525
- Cass. 2e civ., 24 juin 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, Somm. p. 41
- Ass. Pl., 29 mars 1991, Blieck : *Gaz. Pal.* 1992, jurisp. p. 513
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *Gaz. Pal.* 1997, jurisp. p. 572
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Samda : *Gaz. Pal.* 1997, jurisp. p. 575
- Cass. crim., 28 mars 2000 : *RJPF* 2000-7.8/42
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *JCP* G 2000, II, 10438
- Ass. Pl., 13 juillet 2001 : *JCP* G 2001, II, 10601
- Ass Pl., 28 novembre 2001 : *JCP* G 2002, 10018

Chabert (C.) :
- Cass. 1re civ., 18 mai et 14 juin 2005 : *JCP* G 2005, II, 10115

Chaillé de Néré (S.) :
- Cass. 1re civ., 2 octobre 2001 : *Petites affiches* n° 104 du 24 mai 2002, p. 22

Charbonnier (L.) :
- Cass. 1re civ., 5 juillet 1988 : *D.* 1989, jurisp. p. 398 (concl.)

Chauvaux (D.) :
- CE, sect., 14 février 1997, CHR de Nice c/ Epoux Quarez : *AJDA* 1997, p. 430 (avec **Th. Girardot**)
- CE, 26 octobre 2001 : *RFD adm*. 2002, p. 146 (concl.)

de Clausade (J.) :
- CE, 11 juillet 1988, Ministères des affaires sociales et d'Emploi c/ Mme Mazouza Remadnia : *RD sanit. soc.* 1990, p. 201 (concl.)

Clément (C.) :
- CE, 26 octobre 2001 : *Petites affiches* n° 11 du 15 janvier 2002, p. 18

Cornu (G.) :
- Cass. 1re civ., 9 juin 1976 : *JCP* G 1976, II, 18494
- Cass. 1re civ., 27 février 1985 : *D.* 1985, jurisp. p. 265

Coussirat-Coustère (V.) :
- CEDH, X. et Y. c/ Pays-Bas, 26 mars 1985, série A, n° 91 : *AFDI* 1986, p. 293

Cristol (D.) :
- CE, 1re et 6e sous-section réunies, 26 septembre 2005 : *RD sanit. soc.* 2005, p. 1060

De Forges (J.-M.) :
- CE, Ass, 31 octobre 1980 : *RD sanit. soc.* 1981, n° 3, p. 81
- CAA Nancy, 30 avril 1997, Mme Mannheim : *RD sanit. soc.* 1998, n° 11, p. 830
- TA Versailles, 12 mars 1998, M. Seidel c/ C.H. de Perray-Vaucluse : *RD sanit. soc.* 1998, n° 12, p. 831

Dejean de la Bâtie (N.)
- Cass. 1re civ., 20 juillet 1976 : *JCP* G 1978, II, 18793 (1re espèce)
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Fullenwarth : *JCP* G 1984, II, 20255

Deguergue (M.) :
- CE, 26 octobre 2001 : *AJDA* 2002, p. 259

Dekeuwer-Défossez (F.) :
- CE, Ass, 31 octobre 1980 : *JCP* G 1982, II, 19732
- Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *D.* 1994, somm. p. 34

Delmas Saint-Hilaire (Ph.)
- Ass. Pl., 13 juillet 2001 : *RJPF* 2001-10/33 (avec **J. Hauser**)

Demogue (R.) :
- Cass. civ., 11 janvier 1922 : *S.* 1924, 1, 105

Desbois (H.) :
- Cass. 1re civ., 8 janvier 1957 : *RTD civ.* 1957, n° 6, p. 316
- Cass. 1re civ., 22 février 1960 : *RTD civ.* 1960, n° 5, p. 632
- CA Paris, 21 juin 1962 : *RTD civ.* 1963, p. 714

Devill (L.-M) :
- Cass. civ., 18 juin 1844 : *S.* 1844, 1, 497

Dontenwille :
- Ass. Pl., 29 mars 1991, Blieck : *JCP* G 1991, II, 21673 (concl.)

Dorsner-Dolivet (A.) :
- Cass. 1re civ., 9 mai 1983 : *JCP* G 1984, II, 20262
- Cass. 1re civ., 11 octobre 1988 : *JCP* G 1989, II, 21358

Dubaele (Th.) :
- CA Bordeaux, 4 décembre 1991 : *D.* 1993, jurisp. p. 129

Dubos (O.) :
- CE, 30 juin 2000, Assoc. « Choisir la vie » et a. : *D.* 2000, chron. p. 545 (avec **C. Radé**)

Dubouis (L.) :
- CE, Ass, 31 octobre 1980 : *RD sanit. soc.* 1981, n° 2, p. 247
- CE, 30 juin 2000, Assoc. « Choisir la vie » et a. : *RD sanit. soc.* 2000, p. 732
- CE, 26 octobre 2001 : *RD sanit. soc.* 2002, p. 41

Durand (P.) :
- Cass. ch. réunies, 11 février 1948 : *Droit social* 1948, p. 148

Durry (G.) :
- Cass. 1re civ., 20 juillet 1976 : *RTD civ.* 1976, n° 5 bis, p. 783
- Cass. 1re civ., 4 mai 1977 : *RTD civ.* 1977, n° 5, p. 772
- Cass. 2e civ., 18 mars 1981 : *RTD civ.* 1981, n° 3, p. 855

Duvert (C.) :
- CA Paris, 1re ch. B, 29 sept. 2000 : *D.* 2001, jurisp. p. 1585

Egéa (V.) :
- Cass. 1re civ., 18 mai 2005 : *D.* 2005, jurisp. p. 1909

Eudier (F.) :
- Cass. 1re civ., 5 avril 2005 : *RJPF* 2005-7-8/51

Favier (Y.) :
- CA Agen, 14 décembre 1995 : *JCP* G 1996, I, 3946, n° 3
- Cass. 1re civ., 13 janvier 1998 : *JCP* G 1998, I, 151, n° 6
- Cass. 1re civ., 23 février 1999, Buratti : *JCP* G 2001, I, 293, n° 6
- Cass. avis., 27 septembre 1999 : *JCP* G 2001, I, 293, n° 6

Fortis-Montjal (E.) :
- Cass. 1re civ., 27 février 1985 : *JCP* G 1985, II, 20460 (avec **G. Paire**)

Fossier (Th.) :
- CA Caen, ch. spéc., 2 juillet 1987 : *JCP* G 1988, II, 21122
- TI St Omer, 3 mai 1989 : *JCP* G 1990, II, 21514
- Cass. 1re civ., 18 avril 1989 : *JCP* G 1990, II, 21467
- Cass. 1re civ., 11 juin 1991 : *JCP* G 1992, II, 21879
- Cass. 1re civ., 27 janvier 1993 : *JCP* G 1994, II, 22319
- Cass. 1re civ., 24 février 1993 : *JCP* G 1994, II, 22319
- CA Paris, 1re ch. civ., 15 mars 1996 : *JCP* G 1996, II, 22733
- Cass. 1re civ., 25 mars 1997 : *JCP* G 1997, II, 22882
- CE, 22 septembre 1997, Dlle Cinar : JCP G 1998, I, 101, n° 5-2
- Cass. 1re civ., 3 juin 1998 : *Dr. famille* déc. 1998, comm. n° 177, p. 27
- Cass. avis., 6 juillet 1998 : *Dr. famille* nov. 1998, comm. n° 162, p. 29
- Cass. 1re civ., 5 janvier 1999 : *Dr. famille* mai 1999, comm. n° 58, p. 20
- Cass. 1re civ., 15 juillet 1999 : *Dr. famille* nov. 1999, comm. n° 130, p. 22
- Cass. 1re civ., 14 juin 2000 : *Dr. famille* nov. 2000, comm. n° 135, p. 31
- Cass. 1re civ., 24 octobre 2000 : *JCP* G 2001, II, 10548
- Cass. ch. mixte, 9 février 2001 : *JCP* G 2001, II, 10514
- Cass. 1re civ., 28 janvier 2003 : *Dr. famille* mai 2003, comm. n° 66, p. 33
- TI Bourganeuf, 28 juillet 2003 : *Dr. famille* juill-août 2004, comm. n° 133, p. 35
- CA Montpellier, 5e ch. civ., sect. A, 30 juillet 2003 : *Dr. famille* juill-août 2004, comm. n° 131, p. 33
- Cass. 1re civ., 18 mai et 14 juin 2005 : *AJ famille* 2005, n° 7-8, p. 274

Fournié (A.-M.) :
- CA Paris, 24e ch., sect. B, 6 janvier 1977 : *JCP* G 1977, II, 18762

Fricero (N.) :
- CEDH, 7 août 1996 : *D.* 1997, somm. p. 210

Frion (J.-J.) :
- CE, 26 octobre 2001 : *Dr. famille* avril 2002, comm. n° 53, p. 30

Fulchiron (H.) :
- Cass. crim., 5 novembre 1986 : *JCP* G 1988, II, 21064
- Cass. 1re civ., 17 mars 1992 : *JCP* G 1993, II, 22077

Gaillard (E.) :
- Ass. Pl., 28 mai 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 349

Garé (Th.) :
- TI Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999 : *JCP* G 2000, II, 10252
- CA Lyon, 2e ch., 22 mai 2001 : *JCP* G 2002, II, 10177

Gauguier (J.) :
- Cass. ch. réunies, 11 février 1948 : *JCP* 1948, II, 4234

Gaury (C.) :
- Cass. 1re civ., 23 octobre 1973 : *D.* 1974, jurisp. p. 135
- Cass. 1re civ., 27 avril 1977 : *D.* 1977, jurisp. p. 413

Geffroy (C.) :
- TI Brest, 25 avril 1978 : *D.* 1978, jurisp. p. 697
- Cass. 1re civ., 6 avril 2004 : *JCP* G 2004, II, 10145
- Cass. 1re civ., 3 novembre 2004 : *JCP* G 2006, II, 10008

Genevois (B.) :
- CE, Ass, 31 octobre 1980 : *D.* 1981, jurisp. p. 38 (concl.)

de Geouffre de la Pradelle (G.) :
- TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juillet 2004 : *Gaz. Pal.* du 9 octobre 2004, jurisp. p. 9

Ghestin (J.) :
- Cass. 3e civ., 15 avril 1980 : *D.* 1981, IR, p. 314
- Ass. Pl., 29 mars 1991, Blieck : *JCP* G 1991, II, 21673

Girardot (Th-X.):
- CE, sect., 14 février 1997, CHR de Nice c/ Epoux Quarez :*AJDA* 1997, p. 430 (avec ***D.*** **Chauvaux**)

Glasson (E.) :
- CA Toulouse, 21 janvier 1885 : *DP* 1886, II, p. 73

Gouttenoire-Cornut (A.) :
- Cass. 1re civ., 21 novembre 1995 : *D.* 1996, jurisp. p. 420
- Cass. 1re civ., 23 février 1999, Buratti : *Dr. famille* déc. 1999, comm. n° 146, p. 19
- Cass. 2e civ., 20 janvier 2000 : *JCP* G 2000, II, 10374
- CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *D.* 2002, jurisp. p. 353 (avec **E. Rubi-Cavagna**)
- Cass. ch. mixte, 9 février 2001 : *Dr. famille* mai 2001, comm. n° 53, p. 22
- Cass. 2e civ., 6 juin 2002 : *JCP* G 2003, 10068 (avec **N. Roget**)
- CA Aix-en-Provence, 4 février 2003 : *Dr. famille* oct. 2003, comm. n° 127, p. 31
- CEDH, gde chambre, 13 février 2003, Odièvre c/ France : *JCP* G 2003, II, 10049 (avec **F. Sudre**)
- Cass. 1re civ., 18 mai et 14 juin 2005 : *Dr. famille* 2005, comm. n° 156

Granet (F.) :
- Cass. 1re civ., 18 février 1992 : *D.* 1992, somm. p. 317
- TGI Paris, 12 décembre 1995 : *D.* 1996, somm. p. 382
- Cass. 1re civ., 5 novembre 1996 : *D.* 1997, somm. 161
- Cass. 1re civ., 13 octobre 1998 : *D.* 1999, somm. p. 201
- Cass. 1re civ., 18 mai 2005 : *JCP* G 2005, II, 10081 (avec **Y. Strickler**)

Grimaldi (M.) :
- Cass. 1re civ., 27 février 1985 : *Defrénois* 1985, art. 33620, p. 1283

Guerder (P.) :
- Cass. ch. mixte, 9 février 2001 : *RJPF* 2001-4/38
- Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *D.* 2001, jurisp. p. 2851 (rapport)

Guettier (C.) :
- CE, Ass., 26 octobre 2001 : *RC ass.* janv. 2002, comm. n° 6

Guihal (D.) :
- TI Amiens, 9 février 1988 : *Gaz. Pal.* du 18 octobre 1988, jurisp. p. 715

Guigue (J.) :
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *Gaz. Pal.* 24/25 janvier 2001, jurisp. p. 37

Guilé (M.) :
- Cass. 1re civ., 24 octobre 2000 : *RJPF* 2000-12/12

Hauser (J.) :
- Cass. ch. mixte, 29 janvier 1971 : *D.* 1971, jurisp. p. 304 (avec **E Abitbol**)
- TI Melun, 18 décembre 1979 : *D.* 1980, jurisp. p. 623
- Ass. Pl., 29 mars 1991, Blieck : *RTD civ.* 1991, p. 312
- Cass. 1re civ., 16 avril 1991 : *RTD civ.* 1991, p. 500, n° 7
- CA Pau, 30 septembre 1991 : *RTD civ.* 1994, n° 25, p. 92
- CA Bordeaux, 4 décembre 1991 : *RTD civ.* 1992, n° 16, p. 554
- Cass. 1re civ., 3 mars 1992 : *RTD civ.* 1992, n° 4, p. 101
- Cass. crim., 14 octobre 1992 : *RTD civ.* 1993, n° 23, p. 341
- Cass. crim., 21 octobre 1992 : *RTD civ.* 1993, n° 23, p. 340
- Cass. 1re civ., 24 février 1993 : *RTD civ.* 1993, n° 3, p. 326

- Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : RTD civ. 1993, n° 25 p. 341 et n° 22, p. 572
- CA Dijon, 21 janvier 1994 : *RTD civ.* 1994, n° 26, p. 846
- Cass. 1re civ., 9 mars 1994 : *RTD civ.* 1994, n° 4, p. 323
- Cass. 1re civ., 13 décembre 1994 : *RTD civ.* 1995, n° 6, p. 599
- TI St Girons, 23 février 1995 : *RTD civ.* 1995, n° 10, p. 602
- Cass. 1re civ., 10 juillet 1996 : *RTD civ.* 1997, n° 18, p. 410
- Cass. 1re civ., 5 novembre 1996 : *RTD civ.* 1997, n° 5, p. 98
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *RTD civ.* 1997, n° 21, p. 648
- Cass. 1re civ., 25 mars 1997 : *RTD civ.* 1997, n° 5, p. 634
- Cass. 2e civ., 25 février 1998 : *RTD civ.* 1998, n° 6, p. 345
- Cass. avis., 6 juillet 1998 : *RTD civ.* 1998, n° 2, p. 881
- Cass. 1re civ., 16 juillet 1998 : *RTD civ.* 1998, n° 4, p. 882
- Cass. 1re civ., 13 octobre 1998 : *RTD civ.* 1999, n° 20, p. 75
- Cass. 1re civ., 5 janvier 1999 : *RTD civ.* 1999, n° 4, p. 814
- CE, 8 février 1999 : *RTD civ.* 1999, n° 8, p. 361
- Cass. 1re civ., 23 février 1999, Buratti : *RTD civ.* 1999, n° 5, p. 601
- Cass. avis., 27 septembre 1999 : *RTD civ.* 2000, n° 27, p. 102
- TI Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999 : *RTD civ.* 2000, n° 7, p. 85
- Cass. crim., 28 juin 2000 : *RTD civ.* 2001, n° 5, p. 109
- Cass. 1re civ., 3 octobre 2000 : *RTD civ.* 2001, n° 25, p. 348
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *RTD civ.* 2001, n° 1, p. 103
- CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *RTD civ.* 2001, n° 5, p. 330
- Cass. 1re civ., 6 février 2001 : *RTD civ.* 2001, n° 7, p. 853
- Ass. Pl., 13 juillet 2001 : *RJPF* 2001-10/33 (avec **Ph. Delmas Saint-Hilaire**)
- CE, 26 octobre 2001 : *RTD civ.* 2002, n° 3, p. 484
- Cass. 1re civ., 27 novembre 2001 : *RTD civ.* 2002, n° 20, p. 82
- CE, 4 décembre 2002 : *RTD civ.* 2003, n° 5, p. 59
- CA Aix-en-Provence, 4 février 2003 : *RTD civ.* 2004, n° 5, p. 63
- Cass. 1re civ., 18 mai 2005 : *RTD civ.* 2005, p. 583
- Cass. 1re civ., 14 juin 2005 : *RTD civ.* 2005, p. 585

Hervio-Lelong (A.) :
- Ass. Pl., 13 décembre 2002 : *JCP* G 2003, II, 10010

Holleaux (G.) :
- Cass. 1re civ., 6 novembre 1961 : *D.* 1961 jurisp. p. 733

Huet (J.) :
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Derguini et Lemaire : *RTD civ.* 1984, n° 2, p. 508

Huet-Weiller (D.) :
- Cass. 1re civ., 18 mars 1981 : *D.* 1982, somm. p. 260
- TGI Paris, 24 avril 1984 : *D.* 1984, jurisp. p. 572
- CA Versailles, 16 décembre 1986 : *D.* 1987, somm. p. 317

Hugeney (L.) :
- Cass. civ., 11 juillet 1923 : *S.* 1924, 1, p. 113

Huyette (M.) :
- Cass. 1re civ., 26 janvier 1994 : *D.* 1994, jurisp. p. 278

- Cass. 1re civ., 13 octobre 1998 : *D.* 1999, jurisp. p. 123
- Cass. 1re civ., 3 octobre 2000 : *D.* 2000, jurisp. p. 1054
- Cass. 1re civ., 26 juin 2001 : *D.* 2001, jurisp. p. 3387

Joubert :
- Cass. civ., 22 juin 1813 : *S.* 1813, I, p. 375 (concl.)

Jourdain (P.) :
- Cass. 1re civ., 17 mai 1982 : *Gaz. Pal.* du 12 avril 1983, jurisp. p. 185
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Derguini et Lemaire : *JCP* G 1984, II, 20256
- Ass. Pl., 29 mars 1991, Blieck : *RTD civ.* 1991, n° 2, p. 541
- Cass. 2e civ., 18 septembre 1996 : *RTD civ.* 1997, n° 3, p. 436
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *D.* 1997, jurisp. p. 265 ; *RTD civ.* 1997, n° 4, p. 668
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Samda : *RTD civ.* 1997, n° 5, p. 670
- Cass. 2e civ., 25 février 1998 : *RTD civ.* 1998, n° 5, p. 388
- Cass. 2e civ., 20 janvier 2000 : *RTD civ.* 2000, n° 4, p. 340
- Cass. crim., 28 mars 2000 : *RTD civ.* 2000, n° 6, p. 545
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *D.* 2001, jurisp. p. 336 ; *RTD civ.* 2001, n° 2, p. 149
- Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *RTD civ.* 2001, n° 4, p. 601
- Ass. Pl., 13 juillet 2001 : *D.* 2001, jurisp. p. 2325
- Cass. 2e civ., 12 décembre 2002 : *RTD civ.* 2003, n° 4, p. 305
- Ass. Pl., 13 décembre 2002 : *D.* 2003, jurisp. p. 231

Kessler (F.) :
- Cass. 1re civ., 24 février 1993 : *RD sanit. soc.* 1993, n° 1, p. 537

Kessous (R.) :
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *JCP* G 1997, II, 22848 (concl.)
- Cass. 2e civ., 25 février 1998 : *D.* 1998, jurisp. p. 315 (concl.)

Kimmel-Alcover (A.) :
- Cass. 1re civ., 7 mars 2000 : *Petites affiches* n° 140 du 16 juillet 2001, p. 22

Lagarde (G.) :
- CA Toulouse, 20 juin 1945 : *RTD civ.* 1946, n° 2, p. 305

Lagarde (P.) :
- Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : Rev. crit. DIP 1993, p. 449

Lagarde (X.) :
- Cass. 1re civ., 15 juillet 1993 : *JCP* G 1994, II, 22352

de Lamy (B.) :
- CEDH, 19 septembre 2000, Benjamin G. c/ France : *Dr. famille* déc. 2000, comm. n° 150, p. 24

Larroumet (C.) :
- Cass. 2e civ., 18 mars 1981 : *D.* 1981, somm. p. 319

- Ass. Pl., 29 mars 1991, Blieck : *D.* 1991, jurisp. p. 324

Larribau-Terneyre (V.) :
- CA Pau, 30 mai 1990 : *D.* 1990, jurisp. p. 20
- CA Pau, 26 juin 1995 : *D.* 1996, jurisp. p. 214
- TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juillet 2004 : *Dr. famille* oct. 2004, comm. p. 24

Laurent (J.-C.) :
- Cass. 1re civ., 17 octobre 1955 : *JCP* 1956, II, 9226

Leborgne (A.) :
- Cour EDH, 6 octobre 2005, Draon c/ France, n° 1513/03 et Maurice c/ France, n° 11810/03, RJPF 2006-1/30

Le Boursicot (M.-C.) :
- CEDH, gde chambre, 13 février 2003, Odièvre c/ France : *RJPF* 2003-4/34

Lebreton (M.-C.) :
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *Petites affiches* n° 111 du 15 septembre 1997, p. 12

Legeais (R.) :
- Cass. 2e civ., 4 mai 1977 : *D.* 1978, jurisp. p. 393
- Ass. Pl., 9 mai 1984, Derguini et Lemaire : *Defrénois* 1985, art. 33508, p. 557

Legrand (A.) :
- CE, 30 juin 2000, Assoc. « Choisir la vie » et a. : *D.* 2001, jurisp. p. 2224

Lemouland (J.-J.) :
- Cass. 1re civ., 24 mars 1998 : *D.* 1999, jurisp. p. 19
- TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juillet 2004 : *D.* 2004, somm. p. 2965

Le Tourneau(Ph.)
- Cass. 1re civ., 25 juin 1991 : *D.* 1991, jurisp. p. 566

Levasseur (G.) :
- Cass. crim., 5 septembre 1990 : *Rev. sc. crim*. 1991, n° 2, p. 348

Levoyer (L.) :
- CE, 1re et 6e sous-section réunies, 26 septembre 2005 : *JCP* G 2005, I, 197

Lhuillier (J.-M.) :
- Cass. 2e civ., 24 janvier 1996 : *RD sanit. soc.* 1997, p. 133

Lindon (R.) :
- Cass. 1re civ., 30 avril 1969 : *JCP* G 1969, II, 15953
- Cass. 1re civ., 12 novembre 1969 : *JCP* G 1970, II, 16195,
- Cass. 1re civ., 22 février 1972 : *JCP* G 1972, II, 17111

Lyon-Caen (Ch.) :

- CA Paris, 17 novembre 1875 : *S.* 1876, 2, p. 65

Magnol (J.) :

- Cass. crim., 1er juillet 1937 :*Rev. sc. crim*. 1937, n° 2, p. 680

Marguénaud (J.-P.) :

- CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *RTD civ.* 2001, n° 1, p. 439

de la Marnierre (E.S.) :

- Cass. 1re civ., 23 octobre 1973 : *JCP* G 1974, II, 17689

Massip (J.) :

- Cass. 1re civ., 30 avril 1969 : *Defrénois* 1970, art. 29559, p. 575
- Conseil de famille, Valenciennes, 23 septembre 1969 : *Defrénois* 1970, art. 29601, p. 666
- Cass. 1re civ., 9 juin 1976 : *Defrénois* 1976, art. 31207, p. 1124
- TI Melun, 18 décembre 1979 : *Defrénois* 1981, art. 32599, n° 10, p. 381
- Cass. 1re civ., 3 juin 1980 : *Gaz. Pal.* 1981, jurisp. p. 172 ; *Defrénois* 1981, art. 32599, n° 9, p. 380
- Cass. 1re civ., 10 juin 1981 : *Defrénois* 1982, art. 32905, n° 34, p. 993
- Cass. 1re civ., 14 avril 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 294 et *Defrénois* 1983, art. 33022, n° 9, p. 327
- Cass. 1re civ., 8 novembre 1982 : *Defrénois* 1983, art. 33082, n° 47 et *Gaz. Pal.* 1983, jurisp. p. 517
- Cass. 1re civ., 12 octobre 1983 : *D.* 1984, jurisp. p. 238 et *Defrénois* 1984, art. 33230, n° 5, p. 288
- Cass. 1re civ., 6 mars 1985 : *Defrénois* 1986, art. 33690, n° 6, p. 328
- Cass. 1re civ., 19 mars 1985 : *D.* 1986, jurisp. p. 34
- Cass. 1re civ., 26 juin 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 681 ; *Defrénois* 1986, art. 33735, n° 46, p. 728
- Cass. 1re civ., 3 février 1987 : *Defrénois* 1987, art. 34044, n° 65, p. 1079 et *D.* 1987, jurisp. p. 513
- Cass. 1re civ., 8 mars 1988 : *Defrénois* 1988, art. 34309, n° 82, p. 1024
- Cass. 1re civ., 14 juin 1988 : *Defrénois* 1988, art. 34309, n° 79, p. 1020 et *Gaz. Pal.* 1988, jurisp. p. 797
- Cass. 1re civ., 14 février 1989 : *Defrénois* 1989, art. 34548, n° 45, p. 695
- Cass. 1re civ., 18 avril 1989 : *Defrénois* 1989, art. 34574, n° 90, p. 1007 et *D.* 1989, jurisp. p. 493
- Cass. 1re civ., 14 février 1990 : *Defrénois* 1990, art. 34791, n° 48, p. 693
- Cass. 1re civ., 26 juin 1990 : *D.* 1991, jurisp. p. 315 et *Defrénois* 1990, art. 34912, n° 114, p. 1295
- Cass. 1re civ., 16 avril 1991 : *Defrénois* 1991, art. 35088, n° 69, p. 952
- Cass. 1re civ., 3 mars 1992 : *D.* 1993, jurisp. p. 133
- Cass. 1re civ., 3 décembre 1991 : *Defrénois* 1992, art. 35295, n° 48, p. 728
- Cass. 1re civ., 17 mars 1992 : *D.* 1993, jurisp. p. 17
- Cass. 1re civ., 27 janvier 1993 : *Defrénois* 1993, art. 35611, n° 91, p. 1004
- Cass. 1re civ., 10 février 1993 : *D.* 1994, jurisp. p. 66
- Cass. 1re civ., 24 février 1993 : *Defrénois* 1993, art. 35611, n° 88
- Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *D.* 1993, jurisp. p. 361

- Cass. 1re civ., 15 juillet 1993 : *Defrénois* 1994, art. 35746, n° 6, p. 328
- Cass. 1re civ., 26 janvier 1994 : *Defrénois* 1994, art. 35845, n° 54, p. 781
- Cass. 1re civ., 23 février 1994 : *Defrénois* 1994, art. 35891, n° 101, p. 1094
- Cass. 1re civ., 9 mars 1994 : *Defrénois* 1994, art. 35891, n° 107, p. 1103
- Cass. 1re civ., 13 décembre 1994 : *Defrénois* 1995, art. 36024, n° 10, p. 325
- TI St Girons, 23 février 1995 : *Defrénois* 1996, art. 36354, n° 52, p. 739 et *D.* 1996, jurisp. p. 299
- Cass. 1re civ., 21 novembre 1995 : *Petites affiches* n° 77 du 26 juin 1996, p. 24
- Cass. 1re civ., 5 novembre 1996 : *Defrénois* 1997, art. 36591, n° 64, p. 718
- Cass. 1re civ., 25 mars 1997 : *D.* 1998, jurisp. p. 333 et *Defrénois* 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338
- Cass. 1re civ., 16 juillet 1997 : *D.* 1998, jurisp. p. 565 ; *Defrénois* 1998, art. 36753, n° 13, p. 324
- Cass. 1re civ., 3 juin 1998 : *Defrénois* 1999, art. 36947, n° 8, p. 313
- Cass. avis., 6 juillet 1998 : *Petites affiches* n° 110 du 3 juin 1999, p. 20 ; *Defrénois* 1999, art. 36947, n° 9, p. 314
- Cass. 1re civ., 16 juillet 1998 : *Defrénois* 1999, art. 36998, n° 35, p. 687
- Cass. 1re civ., 13 octobre 1998 : *Defrénois* 1999, art. 36947, n° 6, p. 309
- CE, 8 février 1999 : *Defrénois* 1999, art. 37031, n° 68, p. 944
- Cass. 1re civ., 15 juillet 1999 : *Defrénois* 2000, art. 37096, n° 6, p. 113
- Cass. 1re civ., 12 octobre 1999 : *Defrénois* 2000, art. 37179, n° 33, p. 664
- TI Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999 : *Defrénois* 2000, art. n° 37179, n° 36, p. 668
- Cass. 1re civ., 7 mars 2000 : *Defrénois* 2000, art. 37229, n° 61, p. 1058
- Cass. crim., 28 juin 2000 : *D.* 2001, jurispr. p. 1351 ; *Defrénois* 2001, art. 37287, n° 6, p. 99
- Cass. 1re civ., 24 octobre 2000 : *Defrénois* 2001, art. 37287, n° 5, p. 97
- Cass. 1re civ., 6 février 2001 : *Defrénois* 2001, art. 37394, n° 65, p. 1013
- Cass. 1re civ., 3 avril 2001 : *Defrénois* 2001, art. 37394, n° 66, p. 1015
- Cass. 1re civ., 12 juin 2001 : *Defrénois* 2001, art. 37430, n° 92, p. 1362
- CE, 4 décembre 2002 : *Defrénois* 2003, art. 37727, n° 41, p. 620
- Cass. 1re civ., 18 mai 2005 : *Defrénois* 2005, art. 38324, p. 1418
- Cass. 1re civ., 14 juin 2005 : *Defrénois* 2005, art. 38278, p. 1493

Mathieu (B.) :

- Cons. Constit., 27 juin 2001 : *D.* 2001, jurisp. p. 2533

Mayer-Jack (A.) :

- Cass. 1re civ., 28 janvier 1969 (2 arrêts) : *JCP* G 1969, II, 16111

Mazeaud (D.) :

- Cass. 2e civ., 20 janvier 2000 : *D.* 2000, somm. p. 469
- Cass. crim., 28 mars 2000 : *D.* 2000, somm. p. 466
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *D.* 2001, jurisp. p. 332
- Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *D.* 2001, somm. p. 1315

Mekhantar (J.) :

- CE, 18 octobre 2000 : *Act. jur. Fonction Publique*, n° 4, p. 45

Mémeteau (G.) :
- CE, 5e et 3e section, 29 janvier 1988, Mme Labidi : *JCP* G 1989, II, 21222

Mistretta (P.) :
- CE, ord., 16 août 2002, Mmes V. et I.F. : *JCP* G 2002, II, 10184

Moderne (F.) :
- CE, 13 juillet 1967 : *D.*1967, jurisp. p. 675
- CE, 2 juillet 1982, Dlle Riou : *Gaz. Pal.* du 14 avril 1983, jurisp. p. 193

Monchambert (S.) :
- TA Paris, 20 décembre 1990, M. et Mme B. : *RFDA* 1992, p. 545

Monéger (F.) :
- CE, 1er mars et 10 avril 1991, Mme Delannay : *RD sanit. soc.* 1992, p. 156
- Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *RD sanit. soc.* 1993, p. 533
- CA Paris, 1re ch., 15 mars 1996 : *RD sanit. soc.* 1997, n° 8, p. 638
- TA Nantes, 9 mai 1997 : *RD sanit. soc.* 1997, n° 5, p. 895
- Cass. avis., 27 septembre 1999 : *RD sanit. soc.* 2000, n° 5, p. 158
- TI Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999 : *RD sanit. soc.* 2000, n° 5, p. 437
- Cass. crim., 28 mars 2000 : *RD sanit. soc.* 2001, n° 9, p. 150
- Cass. 1re civ., 3 octobre 2000 : *RD sanit. soc.* 2001, n° 6, p. 147
- Cass. 1re civ., 6 avril 2004 : *RD sanit. soc.* 2004, p. 691
- Cass. 1re civ., 3 novembre 2004 : *RD sanit. soc.* 2005, p. 304

Montanier (J.C.) :
- TI Montmorillon, 19 mai 1982 : *JCP* G 1984, II, 20219

de Montera (F.) :
- Cass. 1re civ., 8 janvier 1957 : *JCP* 1957, II, 9903

Moreau (J.) :
- CE, sect., 14 février 1997, CHR de Nice c/ Epoux Quarez : *JCP* G 1997, II, 22828
- CE, 26 octobre 2001 : *JCP* G 2002, II, 10025

Mouly (J.) :
- Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *JCP* G 2001, II, 10613
- Cass. 2e civ., 20 novembre 2003 : *JCP* G 2004, II, 10017

Murat (P.) :
- CA Agen, 14 décembre 1995 : *Dr. famille* nov. 1996, comm. n° 5, p. 10
- Cass. 1re civ., 5 novembre 1996 : *Dr. famille* déc. 1996, comm. n° 19, p. 12
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *Dr. famille* juin 1997, comm. n° 83, p. 15
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Samda : *Dr. famille* juill-août 1997, comm. n° 97, p. 10
- Cass. 1re civ., 13 janvier 1998 : *Dr. famille* juill-août 1998, comm. n° 97, p. 14
- Cass. 1re civ., 10 mars 1998 : *Dr. famille* juill-août 1998, comm. n° 96, p. 13
- CE, 8 février 1999 : *Dr. famille* avril 1999, comm. n° 40, p. 18
- Cass. 1re civ., 6 juillet 1999 : *Dr. famille* janv. 2000, comm. n° 4, p. 18
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *Dr. famille* janv. 2001, comm. n° 11, p. 28

- Cass. 1re civ., 26 juin 2001 : *Dr. famille* janv. 2002, comm. n° 3, p. 17
- Cass. 1re civ., 27 novembre 2001 : *Dr. famille* mai 2002, comm. n° 58, p. 20
- CE, 4 décembre 2002 : *Dr. famille* février 2003, comm. n° 12, p. 17
- CEDH, gde chambre, 13 février 2003, Odièvre c/ France : *Dr. famille* mai 2003, comm. n° 58, p. 23
- Cass. 1re civ., 6 avril 2004 : *Dr. famille* juill-août 2004, comm. n° 120, p. 23
- CA Nîmes, 7 décembre 2004 : *Dr. famille* juill-août 2005, comm. n° 154, p. 24
- Cass. 1re civ., 5 avril 2005 : *Dr. famille* juill-août 2005, comm. n° 155, p. 25
- TGI Reims, 19 juillet 2005 : *Dr. famille* nov. 2005, repère p. 3

Nerson (R.) :
- Cass. 1re civ., 9 février 1965 : *RTD civ.* 1965, n° 8, p. 806
- Cass. 1re civ., 28 juin 1965 : *RTD civ.* 1967, n° 1, p. 136
- Cass. 1re civ., 29 novembre 1965 : *RTD civ.* 1967, n° 1, p. 138
- Cass. 1re civ., 12 novembre 1969 : *RTD civ.* 1970, n° 3, p. 328
- Cass. 1re civ., 9 juin 1976 : *RTD civ.* 1976, n° 1, p. 340

Pagnon (C.) :
- Cass. soc., 25 novembre 1993 : *D.* 1995, jurisp. p. 39

Paillet (E.) :
- TGI Nanterre, 8 juin 1988 : *D.* 1989, jurisp. p. 248

Paire (G.) :
- Cass. 1re civ., 27 février 1985 : *JCP* G 1985, II, 20460 (avec **E. Fortis-Montjal**)

Pansier (F.-J) :
- TI Nîmes, 29 juin 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 13

Peigné (J.) :
- CE, 30 juin 2000, Assoc. « Choisir la vie » et a. : *JCP* G 2000, II, 10423
- CE, 25 avril 2001, Assoc. « Choisir la vie » – Assoc. « Pour l'objection de conscience à l'avortement » : *JCP* G 2002, II, 10017

Pécresse (V.) :
- CE, sect., 14 février 1997, CHR de Nice c/ Epoux Quarez : *RD adm*. 1997, p. 374 (concl.)

Penneau (J.) :
- Cass. 1re civ., 9 mai 1983 : *D.* 1984, jurisp. p. 121
- CA Versailles, 1re ch., 8 juillet 1993 : *D.* 1995, somm. p. 98, 1re esp.

Petit (C.) :
- Cass. 1re civ., 18 mai et 14 juin 2005 : *JCP* G 2005, II, 10115

Philippe (C.) :
- CA Besançon, 1re ch. civ., 11 février 1998 : *JCP* G 1998, II, 10150

Pinault (M.) :
- CE, 2 juillet 1982, Dlle Riou : *RD sanit. soc.* 1983, p. 95 (concl.)

Plazy (J.-M.) :
- TI Quimperlé, ord. juge des tutelles, 16 octobre 1999 : *RJPF* 2000-4/13

Prétot (X.) :
- Cass. soc., 4 juillet 1991 : *D.* 1991, somm. p. 344

Putman (E.) :
- CE, 18 octobre 2000 : *RJPF* 2001-4/12

Di Raimondo (L.) :
- CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *JCP* G 2001, II, 10526

Radé (C.) :
- CE, 30 juin 2000, Assoc. « Choisir la vie » et a. : *D.* 2000, chron. p. 545 (avec **O. Dubos**)

Rassat (M.-L.) :
- Cass. crim., 5 septembre 1990 : *JCP* G 1991, II, 21629

Raymond (G.) :
- CA Nancy, 3 décembre 1982 : *JCP* G 1983, II, 20081

Raynaud (P.) :
- CA Paris, 1re ch., 28 janvier 1961 : *JCP* G 1961, II, 12173
- CA Paris, 10e ch., 8 juin 1973 : *RD sanit. soc.* 1973, n° 3, p. 562
- Cass. 1re civ., 9 juin 1976 : *D.* 1976, jurisp. p. 593
- Cass. 1re civ., 3 octobre 1978 : *RD sanit. soc.* 1979, n° 4, p. 279
- Cass. 1re civ., 18 décembre 1978 : *RD sanit. soc.* 1979, n°3, p. 580
- Cass. 1re civ., 29 octobre 1979 : *RD sanit. soc.* 1980, n° 3, p. 148
- Cass. 1re civ., 10 juin 1981 : *RD sanit. soc.* 1982, n° 1, p. 188
- Cass. 1re civ., 14 avril 1982 : *RD sanit. soc.* 1983, n° 2, p. 780
- Trib. enfants Evry, 8 novembre 1982 : *D.* 1983, jurisp. p. 218 et *RD sanit. soc.* 1983, n° 4, p. 162
- TGI Paris, 24 avril 1984 : *RD sanit. soc.* 1984, n° 1, p. 569
- Cass. 1re civ., 27 février 1985 : *D.* 1985, jurisp. p. 205

Rebourg (M.) :
- Cass. 2e civ., 18 septembre 1996 : *D.* 1998, jurisp. p. 118

Renucci (J.-F.) :
- Trib. enfants Paris, 18 avril 1988 : *D.* 1988, jurisp. p. 574

Robaczewski (C.) :
- Cass. crim., 28 mars 2000, Cie Abeille assurances : *JCP* G 2001, II, 10457

Roget (N.) :
- Cass. 2e civ., 6 juin 2002 : *JCP* G 2003, 10068 (avec **A. Gouttenoire-Cornut**)

Rouast (A.) :
- Cass. civ., 16 mars 1925 : *DP* 1926, 1, p. 145

Rubellin-Devichi (J.) :
- Cass. 1re civ., 10 juin 1981 : *RTD civ.* 1984, n° 4, p. 303
- Cass. 1re civ., 27 février 1985 : *RTD civ.* 1985, p. 355
- Cass. 1re civ., 6 mars 1985 : *RTD civ.* 1986, n° 2, p. 730
- Cass. 1re civ., 20 novembre 1985 : *RTD civ.* 1986, n° 2, p. 731
- Cass. 1re civ., 10 mars 1993 : *JCP* G 1993, I, 3688, n° 4

Rubi-Cavagna (E.) :
- CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/ France : *D.* 2002, jurisp. p. 353 (avec **A. Gouttenoire-Cornut**)

Sabourin (P.) :
- CE, 21 décembre 1990 : *D.* 1991, jurisp. p. 283

Sargos (P.) :
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *JCP* G 2000, II, 10438 (rapport)

Sainte-Rose (J.) :
- Ass. Pl., 17 novembre 2000, Perruche : *JCP* G 2000, II, 10438 et *D.* 2001, jurisp. p. 336 (concl.)
- Ass. Pl., 13 juillet 2001 : *JCP* G 2001, II, 10601 (concl.)
- Ass Pl., 28 novembre 2001 : *JCP* G 2002, 10018 (concl.)

Savatier (R.) :
- Cass. civ., 29 novembre 1926 : *DP* 1928, 1, 41
- Cass. req., 16 décembre 1930 : *Rev. crit. DIP* 1932, p. 404
- CA Poitiers, 10 janvier 1949 : *D.* 1949, jurisp. p. 170
- Cass. 1re civ., 8 novembre 1955 : *JCP* 1955, II, 9014

Savaux (E.) :
- Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *Defrénois* 2001, art. 37423, p. 1275

Sefton-Green (R.) :
- Cass. avis du 6 juillet 1998 : *Petites affiches* n° 110 du 3 juin 1999, p. 22

Souleau (H.) :
- Cass. 1re civ., 9 juin 1976 : *Defrénois* 1976, art. 31248, n° 29, p. 1416

Strickler (Y.) :
- Cass. 1re civ., 18 mai 2005 : *JCP* G 2005, II, 10081 (avec **F. Granet**)

Sudre (F.) :
- CEDH, gde chambre, 13 février 2003, Odièvre c/ France : *JCP* G 2003, II, 10049 (avec **A. Gouttenoire-Cornut**)

Terrasson de Fougères (A.) :
- Ass. Pl., 13 juillet 2001 : *RD sanit. soc.* 2001, n° 3, p. 848

Ton Nu Lan (A.) :
- Cass. 1e civ., 6 avril 2004 : *RJPF* 2004-7.8/32

Tortat (R.) :
- Cass. crim., 1er juillet 1937 : *S.* 1938, 1, p. 193

Tournafond (O.) :
- Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *D.* 2001, p. 2854

Valory (S.) :
- CE, 27 juillet 2005 : *RJPF* 2005-11/17

Vauvillé (F.) :
- Cass. 1re civ., 26 juin 1990 : *JCP* G 1991, II, 21688
- CE, 8 février 1999 : *D.* 2000, somm. p. 161

Verdier (P.) :
- CA Agen, 14 décembre 1995 : *JDJ* mars 1996, p. 34

Verheyde (Th.) :
- Cass. 1re civ., 24 février 1993 : *D.* 1993, jurisp. p. 614
- Cass. 1re civ., 31 janvier 1995 : *D.* 1996, jurisp. p. 123

Vigneau (D.) :
- TGI Reims, 19 juillet 2005 : *Dr. famille* déc. 2005, comm. n° 283, p. 39

Viney (G.) :
- Cass. 1re civ., 27 octobre 1964 : *JCP* G 1965, II, 14166
- Cass. 2e civ., 19 février 1997, Bertrand : *JCP* G 1997, II, 22848
- Cass. 2e civ., 25 février 1998 : *JCP* G 1998, II, 10149
- Cass. 2e civ., 20 janvier 2000 : *JCP* G 2000, I, 241, § 20
- Cass. crim., 28 mars 2000 : *JCP* G 2000, I, 241, § 10
- Cass. 2e civ., 10 mai 2001, Levert : *JCP* G 2002, I, 124, § 20
- CE, 26 octobre 2001 : *JCP* G 2002, I, 124, § 14
- Ass. Pl., 13 décembre 2002 : *JCP* G 2003, I, 154, § 46

INDEX ANALYTIQUE[1479]

A

Absence : 16
Accompagnement : *169*, 266, 305 s., **343**, 502, 726, *810*, **817**
Accouchement sous X :
- Voir Actes abdicatifs
- Conditions : 497 s., 517 s.
- Consentement : 495
- Effets : 509 s.
- Volonté : 491 s., 505 s.

Actes abdicatifs : 491 s., 763, 977
Actes déclaratifs : 235, 417
Actes médicaux :
- Classification : 245, 246, 602
- Consentement : 604 s., **218**
- Information : **219**, 253, *254*, 259
- Qualification : 161 s., 202, 244 s., 261, 288

Administrateur ad hoc : **444**, 821 s.
Administration légale :
- Exercice :629 s., **641 s.**, *653 s*., *806 s*., **814 s**.
- Inaptitude :1052 s.
- Perte : 1050 s.
- Pure et simple : 789 s., 1067, 1071
- Sanctions : 1072 s.
- Sous contrôle judiciaire : 800 s., 1060, 1066

Adoption :
- Agrément : 446 s.
- Consentement à l'adoption : 561 s.
- Par le parent incapable : 438 s., *442*, **443 s.**

Age (seuil) : *18*, *76 s.*, *314*, *442*, *589*, *809*
Aide sociale à l'enfance :
- Accueil de l'enfant : 492, 876, 969
- Accompagnement de la parturiente : 502
- Action en milieu familial : 873 s.
- Délégation de l'autorité parentale : 623, 760
- Missions préventives : 859
- Consentement : 865 s.
- Danger : 860
- Prestations en espèces : 878 s.

[1479] Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes. Les chiffres en italiques intéressent les mineurs ; les chiffres en gras intéressent les majeurs ; les autres renvoient aux développements concernant les mineurs et les majeurs.

- Remise de l'enfant : 494 s., 508, 511 s., 559, 561
- Tutelle : 1188 s.

Assistance (notion) : 3, 4, 305
Assistance éducative :
- Adhésion à la mesure : 933
- Conflits de juridictions : 984 s.
- Danger : 935 s.
- Voir Grossesse
- Milieu actuel : 961 s., 1175
- Placement : 969 s.
- Pour le parent incapable mineur : 946 s.

Assistance médicale à la procréation : 45, 56
Autorité parentale :
- Actes usuels : 732, 245 s., 602
- Voir Administration légale
- Capacité parentale : 591 s., 600 s., 611 s., 630, 728
- Voir Délégation de l'autorité parentale
- Exercice : 597 s.
- Partage : 728 s.
- Voir Perte de l'autorité parentale
- Voir Retrait de l'autorité parentale

C

Capacité (notion) :
- Naturelle : 25
- Parentale : Voir Autorité parentale

Contraception :
- Accès : *148 s.*, **175**
- En établissement scolaire : 137 s.
- Imposée : **182 s.**
- Information : *129 s.*, **143 s.**
- Urgente : *153 s.*

Curateur au ventre :
- Voir Grossesse

D

Danger :
- Voir Aide sociale à l'enfance
- Voir Assistance éducative
- Voir Retrait de l'autorité parentale

Déclaration judiciaire d'abandon :
- Désintérêt : 545 s.
- Volonté : 553 s.

Délégation de l'autorité parentale :
- Voir Acte abdicatif :
- Forcée : 774 s.

- Volontaire : 759 s.
Désintérêt :
- Voir Déclaration judiciaire d'abandon
- Voir Retrait de l'autorité parentale
Dignité (notion) : 12, 30, 48, 90
Droits fondamentaux (notion) : 12, 30
Droit de visite et d'hébergement :
- Voir Actes abdicatifs
- En établissement : 96
- Exercice : 973 s., 667, 1029, 1153
Droit de surveillance : *301*, *62 s.*

E

Etablissements :
- Voir Contraception
- Voir Sexualité
- Voir Responsabilité
Eugénisme :
- Contraception : 182
- Interruption de grossesse : 347 s.
- Stérilisation : 194 s.

F

Fiducie : 838 s.
Filiation :
- Voir Adoption.
- Contestation : 525 s.
- Etablissement judiciaire : 463 s.
- Paternité : 399 s.
- Possession d'état : 407 s.
- Présomption : 339 s.
- Recherche de maternité ou de paternité : 451 s.
- Reconnaissance : 416 s., *422 s.*, **425 s**.

G

Grossesse :
- Assistance éducative *in utero* : *277 s.*
- Curateur au ventre : 270 s.
- Déclaration : 233 s.
- Diagnostic prénatal : 256 s.
- Examens prénataux : 243 s.
- Voir Interruption de grossesse

H

Handicap (notion) : 209

I

Impossibilité de manifester sa volonté :
- Voir Administration légale (Inaptitude)
- Voir Perte de l'Autorité parentale

Incapacités :
- Voir Capacité
- Notion : 16 s.

Inexistence : 25, 1043 s., 1078 s.
Interruption de grossesse :
- Adulte référent : 304 s., 338
- Consentement : *287 s.*, **328 s.**, *361 s.*, **372 s.**
- Détresse : 293 s.
- Voir Eugénisme
- Juge : 319 s.
- Motif médical : 346 s.
- Parents : *301 s.*

Intervalle lucide : 25, **411**, **426 s.**, **443**, **621**

J

Jouissance légale : 812

O

Obligation d'entretien : 608, *891*, 1152

P

Partage :
- Voir Administrateur ad hoc
- Voir Administration légale
- Voir Autorité parentale
- Voir Délégation de l'autorité parentale
- Voir Fiducie

Pater is est :
- Voir Filiation

Patrimoine des personnes incapables : 879
Personne de confiance : 251, 334
Perte de l'autorité parentale :

- Automaticité : 1013 s.
- Effets : 1033 s.
- Impossibilité de manifester sa volonté : 1008 s., 1016

Possession d'état :
- Voir Filiation

Pouvoir :
- Absence : 16, 1055, 1075 s.
- Notion : 577 s.

R

Reconnaissance :
- Voir Filiation

Recherche de maternité ou de paternité :
- Voir Filiation

Renonciation :
- Voir Actes abdicatifs

Responsabilité :
- Cohabitation : 667 s.
- Discernement : 674 s.
- Etablissements : 101 s.
- Fait de l'enfant : 699 s.
- Organes de protection : *684 s.*, **700 s.**, *705 s.*
- Parentale : 663 s.
- Tiers : 1046

Retrait de l'autorité parentale :
- Danger : 1122 s.
- Désintérêt : 1125 s.
- Dévolution : 1171 s.
- Partiel : 1159 s.
- Protection par un tiers : 1180 s.
- Total : 1148 s.

S

Sexualité :
- Age : 76 s.
- En établissement :85 s.
- Liberté : 42 s.
- Responsabilité : 72, 79 s.

Stérilisation :
- Consentement : **214 s.**
- Contraceptive : **207 s.**
- Voir Eugénisme
- Imposée au majeur : **222 s.**
- Thérapeutique : 200 s

T

Tutelle :
- Voir Tutelle aux prestations sociales
- Départementale : 1189 s.
- Des Pupilles de l'Etat : 1189 s.
- De l'article 390 du Code civil : 1085 s.
- De l'article 391 du Code civil : 1097 s.

Tutelle aux prestations sociales :
- Conditions : 884 s.
- Cumuls : **901 s.**, *913 s.*

V

Volonté
- Voir Impossibilité de manifester sa volonté :

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1
1. Le parent 6
2. L'incapable 9

PREMIERE PARTIE : 23

LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DU PARENT INCAPABLE 23

TITRE 1 : AVANT LA NAISSANCE DE L'ENFANT 25

Chapitre 1 : L'incapable et la procréation 27

Section 1 : La liberté sexuelle de l'incapable 27
§ 1. La liberté sexuelle de l'incapable 28
A) La qualification de liberté sexuelle 28
1. Les caractères de la liberté sexuelle 28
2. Le fondement de la liberté sexuelle 31
B) La liberté sexuelle reconnue aux incapables 34
1. L'absence de conséquence de l'incapacité civile 34
2. Le rôle des représentants légaux 37
§ 2. Les obstacles à la liberté sexuelle de l'incapable 39
A) Les obstacles à la liberté sexuelle tirés du droit pénal 40
1. Le défaut de consentement 40
2. L'âge 42
B) Les obstacles à la liberté sexuelle tirés du droit de l'aide et de l'action sociale 46
1. Le fondement des obstacles à la sexualité en établissement 47
a) L'interdiction prévue expressément dans le règlement de fonctionnement 47
b) L'interdiction implicite déduite de l'application du règlement de fonctionnement 49
2. La justification des obstacles à la sexualité en établissement 51
a) La responsabilité pénale 51
b) La responsabilité civile et administrative des établissements 53
α) La responsabilité des établissements publics 53
β) La responsabilité des établissements privés 55

Section 2 : Les moyens d'éviter la procréation de l'incapable 59
§ 1. La contraception de l'incapable 60
A) Un accès facilité par une information adaptée 60
1. L'information à destination des mineurs 60
a) La publicité 61
b) L'information dans les établissements scolaires 62
2. L'information à destination des majeurs sous tutelle ou curatelle 64
B) Un libre accès à la contraception de l'incapable 66
1. L'accès des mineurs à la contraception 66
a) L'indifférence à l'incapacité civile 66
α) La contraception d'urgence 67
β) Les contraceptifs intra-utérins et les autres contraceptifs hormonaux . 70

b) Le cas particulier de la délivrance de la contraception d'urgence en établissement scolaire 74
2. La contraception des majeurs sous tutelle ou curatelle 77
a) La contraception décidée par le majeur sous tutelle ou curatelle 77
b) La contraception imposée au majeur sous tutelle ou curatelle 79
§ 2. La stérilisation de l'incapable 81
A) La licéité de la stérilisation d'un incapable 82
1. Les enjeux de la stérilisation contraceptive des incapables 82
2. La possibilité de stériliser un incapable 86
a) La possibilité de stériliser un incapable dans un but thérapeutique 86
b) La possibilité de stériliser un incapable dans un but contraceptif 89
B) Le consentement à la stérilisation contraceptive d'un incapable majeur 93
1. Le consentement exprimé par l'incapable majeur 93
a) La stérilisation demandée par l'incapable majeur 93
b) La nécessité du consentement exprimé par l'incapable majeur 95
2. La stérilisation effectuée sans le consentement de l'incapable majeur 97
Chapitre 2 : L'incapable en état de grossesse 101
Section 1 : La grossesse de l'incapable 101
§ 1. La surveillance normale de la grossesse : les examens prénataux 102
A) La déclaration de grossesse 102
1. La qualification d'acte d'administration de la déclaration de grossesse 102
2. Les effets de l'incapacité sur la déclaration de grossesse 103
B) Les examens médicaux 105
1. Les examens prénataux 105
2. Le diagnostic prénatal 110
§ 2. La surveillance renforcée de la grossesse 113
A) L'absence actuelle de moyen de surveillance renforcée 114
B) *De lege ferenda*, les moyens possibles de surveillance renforcée 115
1. Le curateur au ventre 115
2. L'assistance éducative in utero 117
Section 2 : L'interruption de la grossesse de l'incapable 119
§ 1. L'interruption volontaire de grossesse pour détresse 119
A) Le consentement de l'incapable mineure à l'I.V.G pour détresse 120
1. Un consentement toujours nécessaire 120
a) Un acte médical éminemment personnel 121
b) L'appréciation de la détresse par la mineure 122
2. Un consentement suffisant 124
a) La fin des prérogatives parentales 125
b) L'inutilité des solutions judiciaires 131
B) Le consentement de l'incapable majeure à l'interruption volontaire de grossesse pour détresse 136
1. Un consentement toujours nécessaire 136
2. Un consentement suffisant 139
§ 2. L'interruption médicale de grossesse 142
A) Le motif médical 142
1. Le risque d'eugénisme 143
2. Les conséquences de l'affaire Perruche 146
B) Le consentement à l'interruption médicale de grossesse 148
1. Le consentement de l'incapable mineure 148

2. Le consentement de l'incapable majeure 152
Conclusion du Titre 1 157
TITRE 2 : APRÈS LA NAISSANCE DE L'ENFANT 159
Chapitre 1 : L'établissement de la filiation 161
Section 1 : La possibilité pour l'incapable d'établir sa filiation avec l'enfant 162
§ 1. L'établissement non judiciaire de la filiation 162
A) Les modes d'établissement sans condition de capacité : les présomptions . 163
1. Les présomptions indépendantes de la volonté 163
a) La présomption de la date de conception 164
b) La présomption de paternité 165
2. La possession d'état 168
B) Les modes d'établissement conditionnés par la capacité naturelle 172
1. La reconnaissance de paternité ou de maternité 173
a) La capacité de reconnaître est présumée 174
b) L'incapacité naturelle de reconnaître peut être prouvée 180
2. L'adoption 182
§ 2. L'établissement judiciaire de la filiation 187
A) L'action en recherche de maternité ou de paternité 188
1. Le parent incapable demandeur 188
2. Le parent incapable défendeur 190
B) L'action en rétablissement de la présomption de paternité et l'action en constatation de la possession d'état 193
1. La capacité exigée pour ester en justice en matière d'actions relatives à la filiation 193
a) Le parent incapable demandeur 193
b) Le parent incapable défendeur 197
2. La capacité exigée pour la recherche de preuves de la filiation 199
Section 2 : La possibilité pour l'incapable de ne pas établir sa filiation avec l'enfant 202
§ 1. L'accouchement sous X 202
A) L'absence d'effet de l'incapacité civile de la parturiente 203
1. Le rejet de la qualification d'acte juridique abdicatif 203
2. Une décision éminemment personnelle 207
B) Les effets de l'incapacité naturelle de la parturiente 209
1. La difficulté d'annuler l'accouchement sous X 209
2. De lege ferenda, la finalité préventive de l'incapacité naturelle 215
§ 2. La remise en cause de la filiation 217
A) La contestation de la filiation 217
1. Les effets de l'incapacité civile 218
2. Les effets de l'incapacité naturelle 222
B) Les actions de remise en cause de la filiation visant à rendre l'enfant adoptable 225
1. La déclaration judiciaire d'abandon 225
a) L'absence d'effet des incapacités civile et naturelle 226
b) Le rôle de la volonté 229
2. Le consentement à l'adoption 232

Chapitre 2 : L'exercice des prérogatives parentales 237

Section 1 : La possibilité pour le parent incapable d'exercer l'autorité parentale 237
§ 1. L'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant 238
A) La capacité d'exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant 238
1. La distinction entre la capacité d'exercer l'autorité parentale et la capacité civile 238
a) La distinction des notions de pouvoir et de capacité 239
b) Le rejet des notions de pouvoir et de capacité civile 242
α) Le rejet de la notion de pouvoir 242
β) Le rejet de la notion de capacité civile 243
2. L'exercice effectif des droits et devoirs au titre de l'autorité parentale 247
B) L'absence de remise en cause de la présomption de capacité parentale par l'incapacité civile 252
1. La présomption de capacité parentale 252
2. L'absence d'effet de l'incapacité civile sur la capacité parentale 254
§ 2. L'exercice de l'administration légale 259
A) Le pouvoir d'exercer l'administration légale 259
1. Les conditions d'exercice de l'administration légale 259
2. Le fonctionnement de l'administration légale 261
B) L'effet de l'incapacité civile sur l'exercice de l'administration légale 263
1. Une solution ambiguë pour le majeur incapable 264
2. Une solution certaine pour le mineur incapable 269

Section 2 : La responsabilité civile du parent incapable : conséquence de l'exercice de l'autorité parentale 273
§ 1. L'absence de condition de capacité 273
A) L'absence d'effet de l'incapacité sur les conditions de la responsabilité parentale 273
1. L'exercice de l'autorité parentale et la cohabitation avec l'enfant 274
2. Le fait de l'enfant 275
B) L'absence de condition de discernement 277
1. Un principe tiré de l'article 489-2 du Code civil 278
2. L'application de l'article 489-2 du Code civil à la responsabilité parentale 279
§ 2. La responsabilité assumée par les protecteurs de l'incapable 280
A) La responsabilité des parents du parent mineur incapable 280
1. Sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil 280
2. Sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil 283
B) La responsabilité des tuteurs 285
1. Le tuteur du majeur incapable 285
2. Le tuteur du mineur incapable 287

Conclusion du Titre 2 291

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 293

SECONDE PARTIE - LA PROTECTION DE L'ENFANT DE L'INCAPABLE 295

TITRE 1 : LA PROTECTION DE L'ENFANT LORSQUE LE PARENT INCAPABLE EXERCE L'AUTORITÉ PARENTALE 297

Chapitre 1 : Le partage de l'exercice des prérogatives parentales 299

Section 1 : Le partage de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant 300

§ 1. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur la personne 300

A) Le partage de l'exercice de l'autorité parentale assuré indépendamment de l'existence d'un régime d'incapacité civile 300

1. Le rôle de l'autre parent 301

2. Le rôle du juge 304

B) Le partage de l'exercice de l'autorité parentale avec les organes de protection du parent incapable 307

1. Les organes de protection du parent incapable mineur 307

2. Les organes de protection du parent incapable majeur 309

§ 2. La délégation de l'autorité parentale 312

A) Le partage volontaire de l'autorité parentale 312

1. Les conditions 312

2. Les effets 316

B) La délégation forcée partielle de l'exercice de l'autorité parentale 318

1. Une mesure de protection de l'enfant 319

2. Une mesure d'encadrement renforcé 321

Section 2 : Le partage de l'exercice de l'administration légale 323

§ 1. L'encadrement de l'exercice de l'administration légale *de lege lata* 323

A) L'application des règles de l'administration légale 323

1. Le rôle de l'autre administrateur légal 324

2. Le rôle du juge des tutelles 328

B) L'application du régime de protection du parent incapable 330

1. Le parent incapable mineur 330

2. Le parent incapable majeur 334

§ 2. L'instauration de nouveaux systèmes 335

A) La nomination d'un administrateur *ad hoc* 336

1. La caractérisation d'une cause de nomination d'un administrateur ad hoc 336

2. Les effets de la nomination d'un administrateur ad hoc 340

B) Le recours à la fiducie 343

1. L'applicabilité de la fiducie à l'exercice d'une administration légale par un parent incapable 343

2. Les avantages du recours à la fiducie 345

Chapitre 2 : L'aide et l'assistance dans l'exercice des prérogatives parentales 347

Section 1 : L'aide et l'action sociale 348

§ 1. L'action préventive de l'aide sociale à l'enfance 349

A) Les conditions de l'action confrontées à l'incapacité du ou des parents 349

1. Le risque de danger pour l'enfant de l'incapable 349

2. Le consentement parental 352

B) Les moyens d'actions de l'aide sociale à l'enfance 355

1. Les prestations de service 355

2. Les prestations en espèces 356

§ 2. La mise sous tutelle des prestations sociales 357
A) L'octroi des prestations sociales et leur mise sous tutelle 358
1. La condition d'enfant à charge 358
2. Le placement sous tutelle des prestations 362
B) Le cumul de la tutelle aux prestations sociales avec le régime de protection du parent incapable 364
1. Le parent incapable majeur 364
2. Le parent incapable mineur 368
Section 2 : L'assistance éducative 370
§ 1. Les motifs de recours à l'assistance éducative en cas d'incapacité du ou des parents 371
A) L'existence d'une situation de danger pour l'enfant de l'incapable 371
1. L'indifférence à l'incapacité civile du ou des parents 371
2. La caractérisation de la situation de danger 375
B) La protection indirecte de l'enfant : le parent incapable mineur placé sous assistance éducative 379
1. La caractérisation d'une situation de danger pour le parent incapable mineur 379
2. La protection indirecte de l'enfant de l'incapable mineur 381
§ 2. Les effets de la mesure d'assistance éducative en cas d'incapacité du ou des parents 382
A) Une protection variable 383
1. Le maintien de l'enfant dans son milieu actuel 383
2. Le placement de l'enfant 386
B) L'émergence de nouveaux conflits 390
1. La survie du conflit d'intérêts 391
2. Le conflit entre juridictions 391
Conclusion du Titre 1 395
TITRE 2 : LA PROTECTION DE L'ENFANT DE L'INCAPABLE PAR LA PRIVATION DES PRÉROGATIVES PARENTALES 397
Chapitre 1 : La perte par le parent incapable de l'exercice des prérogatives parentales 399
Section 1 : La perte de l'exercice de l'autorité parentale 399
§ 1. La mise en œuvre de l'article 373 du Code civil lorsque le parent est incapable 400
A) La cause de la perte de l'exercice de l'autorité parentale 400
1. L'indifférence à l'incapacité civile 401
2. L'impossibilité de manifester sa volonté 402
B) L'automaticité de la perte de l'exercice de l'autorité parentale 403
1. L'effet automatique de l'impossibilité à manifester sa volonté 403
2. Les inconvénients de l'effet automatique 405
§ 2. Les effets de la perte de l'exercice de l'autorité parentale du parent incapable 407
A) Les effets de la perte de l'exercice de l'autorité parentale pour l'enfant de l'incapable 407
1. Une protection générale de l'enfant 408
2. Le droit de l'enfant au maintien de ses relations avec ses parents 409
B) L'exercice de l'autorité parentale à la suite de l'application de l'article 373 du Code civil 411

1. Les prérogatives conservées par le parent incapable 411
2. Les prérogatives perdues par le parent incapable 413

Section 2 : La perte du pouvoir d'exercer l'administration légale 417
§ 1. Le défaut de pouvoir du parent incapable 417
A) L'inaptitude, cause de la perte de pouvoir 418
1. L'inaptitude à manifester sa volonté 418
2. L'inaptitude à gérer le patrimoine de l'enfant 420
α. Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire 421
β. Dans l'administration légale pure et simple 423
B) La sanction des actes passés par le parent incapable privé de l'exercice de l'administration légale 425
1. La sanction du défaut de pouvoir 425
2. La survie de la nullité 428
§ 2. La protection du patrimoine de l'enfant lorsque les parents incapables sont privés du pouvoir d'exercer l'administration légale 429
A) La protection de l'article 390 du Code civil 430
1. Le domaine de la tutelle 430
2. Le fonctionnement de la tutelle 432
B) La protection de l'article 391 du Code civil 434
1. Le domaine de la tutelle 434
2. Le fonctionnement de la tutelle 436

Chapitre 2 : Le retrait de l'autorité parentale au parent incapable 439

Section 1 : La décision de retirer l'autorité parentale au parent incapable 440
§ 1. Les causes du retrait de l'autorité parentale 440
A) Le comportement parental constitutif d'un danger manifeste 441
1. Le rapprochement avec les causes de l'incapacité civile 441
2. La référence à la situation de danger manifeste pour l'enfant 443
B) Le désintérêt volontaire de plus de deux ans pendant une mesure d'assistance éducative 444
1. La difficile compatibilité du caractère volontaire du désintérêt avec les causes de l'incapacité civile 444
2. L'intérêt limité de la déclaration judiciaire d'abandon à la suite du désintérêt volontaire des parents 447
§ 2. Le souci de protéger l'enfant par le retrait de l'autorité parentale au parent incapable 448
A) Une mesure protectrice de l'enfant 448
B) La survie de l'idée de sanction 450

Section 2 : Les effets du retrait de l'autorité parentale au parent incapable 451
§ 1. Les prérogatives parentales retirées 452
A) Le retrait total de l'autorité parentale 452
1. Le retrait de tous les attributs de l'autorité parentale 452
2. L'impossibilité de représenter le parent incapable dont l'autorité parentale a été retirée 454
B) Le retrait partiel de l'autorité parentale 455
1. Un retrait adapté par le juge 455
2. La survie de la capacité parentale 457
§ 2. La protection de l'enfant à la suite du retrait de l'autorité parentale 458
A) La protection assurée par l'autre parent 459
1. La dévolution de l'autorité parentale sans séparation du couple parental .. 459

2. La dévolutionde l'autorité parentale avec séparation du couple parental .. 460
B) La protection assurée par un tiers 462
1. La tutelle confiée à une personne physique 462
2. L'aide sociale à l'enfance 465
Conclusion du Titre 2 469

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 471

CONCLUSION GÉNÉRALE 473

BIBLIOGRAPHIE 477
1. Traités, Manuels et Ouvrages généraux 477
2. Ouvrages spéciaux, Monographies, Thèses 482
3. Chroniques et études 490
4. Notes, observations et conclusions 514

INDEX ANALYTIQUE 531