

Le programme de ce semestre comporte le droit des incapacités (première partie) et le droit de la famille (seconde partie)

PREMIERE PARTIE

LES INCAPACITES

Certains individus, certes soumis au droit commun des personnes, se trouvent cependant placés, en outre, sous l'empire d'un droit qui leur est propre. Il s'agit des incapables qui, bien que titulaires de droits, apparaissent dépourvus de la faculté de les exercer. Ce droit propre a en effet pour objet de protéger la personne ou le patrimoine de l'individu frappé d'incapacité, en confiant l'exercice des droits de ce dernier à des tiers. Les règles qu'il édicte invitent à déterminer, préalablement, le contenu de la notion d'incapacité d'exercice.

Les incapacités d'exercice, dites de protection, impliquent l'inaptitude à faire valoir par soi-même dans la vie juridique un droit par hypothèse acquis. Il convient de ne confondre celles-ci : ni avec les incapacités de jouissance, ni avec les incapacités d'exercice dites de suspicion.

Les incapacités de jouissance supposent l'inaptitude à acquérir un droit et à en jouir. Elles sont très rares dans le droit moderne. On peut citer : la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit qui frappe les condamnés à des peines afflictives perpétuelles¹, l'incapacité du mineur de moins de 16 ans à faire un testament, ou celle de l'enfant de moins de 18 ans à faire une donation, l'incapacité d'un individu de moins de 28 ans à adopter une autre personne. Elles ne peuvent être générales, sous peine d'impliquer un refus de la personnalité aux individus qui en sont atteints, au motif notamment qu'elles se révèlent irrémédiables. Par-là, elles se distinguent essentiellement des incapacités d'exercice qu'elles supposent inéluctablement, celles-ci, à l'inverse, n'impliquant pas celles-là,

Les incapacités d'exercice dites de suspicion, telle l'interdiction légale, frappent les personnes condamnées à la réclusion ou à la détention criminelle. Analysées comme un complément de peine, elles ont pour but de protéger la société. Dès lors, les actes irrégulièrement accomplis par les individus qui en sont atteints sont frappés de nullité absolue.

¹ telle la réclusion criminelle à perpétuité

Les incapacités d'exercice dites de protection supposent seulement que les actes soient en principe frappés d'une nullité relative qui : tout d'abord, ne peut être invoquée que, soit par l'incapable après son incapacité, soit, pendant celle-ci, par son représentant, soit par ses héritiers après sa mort ; ensuite, est prescriptible par l'écoulement d'un délai de 5 ans à partir du décès de l'incapable ou du jour où l'incapacité cesse ; enfin, disparaît, dès cette dernière date, en vertu d'une confirmation par son auteur, de l'acte atteint.

Une loi du 5 mars 2007 vient de modifier les règles relatives à cette matière, en ayant pour objet la protection juridique des majeurs, mais en produisant également des incidences sur celle des mineurs.

Cette loi a distingué l'aspect juridique² et social³, mais la Doctrine n'est pas unanime quant à l'appréciation du texte jugé trop lourd, mal rédigé⁴... Il y a, toutefois, de nombreuses innovations heureuses : la limitation de la durée des mesures de protection, la protection du compte en banque du majeur protégé, la formation professionnelle et le statut des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, la simplification du conseil de famille, l'association du majeur à sa protection.

En ce qui concerne l'application de la loi dans le temps, tout est très compliqué ! Le principe est que la loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009, mais il comporte de nombreux aménagements. Demeurent en place les tutelles et curatelles d'Etat, les gérances de tutelles et les tutelles aux prestations sociales jusqu'au 1^{er} janvier 2011 si elles ne se sont pas conformées à la loi. Les mesures transitoires distinguent la date de publication de la loi⁵ et celle de sa mise en vigueur⁶.

- La limite à cinq ans des tutelles et curatelles ne s'applique à celles qui ont été ouvertes avant la mise en vigueur de la loi, qu'après un délai de cinq ans après la date de publication ;
- Les mesures de tutelle aux prestations sociales ne sont caduques qu'au terme de la troisième année qui suit la date d'entrée en vigueur de la loi, sauf si le juge l'avait déclarée caduque ou transformée en accompagnement social
- Un mandat de protection future peut être confié à une personne physique dès la publication de la loi, mais ne prendra effet qu'après sa mise en vigueur.

² La protection relève du juge des tutelles

³ Droit de l'aide sociale

⁴ Voir J. Malaurie en ce sens

⁵ 7 mars 2007

⁶ 1^{er} janvier 2009

- La professionnalisation, la formation, l'agrément et l'inscription sur une liste départementale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs⁷ devront être faits dans les deux mois de la mise en vigueur de la loi.

L'étude de ces incapacités d'exercice, qui ont pour objet de protéger l'individu, concerne : d'une part, les mineurs ; d'autre part, certains majeurs.

⁷ Et des préposés d'établissements de santé désignés comme mandataires

TITRE I

LES MINEURS

Nous distinguerons, ici, la protection de la personne, de la protection du patrimoine de l'incapable.

CHAPITRE I

LA PROTECTION DE LA PERSONNE DES MINEURS

INCAPABLES

Il s'agit de l'étude de l'autorité parentale qu'il faut présenter avant d'envisager ses mécanismes.

Le législateur moderne s'est fait une mission prioritaire de la protection de l'enfant, considéré tout à la fois comme un être faible et un adulte en devenir. C'est en principe à ses parents que cette mission est confiée.

La protection de l'enfant est également prise en charge par l'Etat directement dans certaines situations graves de maltraitance, d'abandon, de prostitution, par la mise en place d'institutions spécialisées, telle que l'Aide sociale à l'enfance ou la Protection judiciaire de la jeunesse, par la mise en œuvre de mécanismes juridiques comme l'assistance éducative, le retrait de l'autorité parentale, l'adoption, ou encore par la répression de certains comportements érigés en infractions et spécifiquement punis lorsqu'ils ont pour victime un enfant⁸.

La protection constitue cependant une approche négative, défensive du statut de l'enfant. A la fin du XXe siècle, s'est développé un nouveau concept, celui des droits de l'enfant, dont le point d'orgue réside sans aucun doute dans la Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée à New York à l'unanimité des membres des Nations unies le 20 novembre 1989. Ce texte a reconnu un certain nombre de droits à l'enfant, comme le droit à la vie (art. 6), à un nom, à une nationalité, le droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux (art. 7), le droit d'exprimer ses opinions sur toute question l'intéressant, le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant (art. 12), la liberté d'expression (art. 13), la liberté d'association et de réunion pacifique (art. 14), etc. Plusieurs articles élèvent également la protection de l'enfant au rang de droit. Même si le

⁸ Les délinquants mineurs font aussi l'objet d'un traitement différencié qui concilie tant bien que mal répression et rééducation

droit français était déjà très protecteur des enfants, sous l'influence de la convention certaines lacunes ont été comblées, par exemple la reconnaissance par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance d'un droit de l'enfant à être entendu dans les procédures judiciaires le concernant⁹.

L'autorité parentale n'est que l'un des éléments du statut juridique du mineur, mais sans doute le principal. Elle vient suppléer l'incapacité du mineur, tant juridique que naturelle, en confiant à ses parents la mission de prendre pour lui les décisions qui concernent sa personne, son éducation, ou son patrimoine. L'aspect patrimonial de l'autorité parentale est désigné par le Code civil sous l'expression d'administration légale.

Il s'agit de l'ensemble des règles de représentation du mineur dans la gestion de ses biens. En situation de crise, lorsque les parents disparaissent, d'autres mécanismes sont mis en place. L'enfant est en principe pris en charge par sa famille, une tutelle est alors ouverte.

Le code civil, rompant avec le laxisme du droit intermédiaire, c'est à dire le droit élaboré sous la Révolution, avait investi les parents de la puissance paternelle, dont le père avait en principe l'exercice exclusif et qui lui donnait un droit de correction sur ses enfants. Tout au long du XIXe siècle et des deux premiers tiers du XXe siècle, les pouvoirs attachés à la puissance paternelle¹⁰ ont été entamés par la loi.

Son esprit a changé, elle est devenue un droit relatif, susceptible d'abus et contrôlé par l'Etat. Néanmoins, son principe subsistait.

La loi du 4 juin 1970 a voulu trancher avec le passé. La substitution des termes d'autorité parentale à ceux de puissance paternelle traduit parfaitement le changement de conception des pouvoirs des parents sur la personne de leur enfant. Il s'agit en effet d'une autorité qui, tout en marquant une hiérarchie entre les parents et les enfants, apparaît « comme un ensemble de pouvoirs conditionnés par des devoirs, en vue d'une certaine finalité », c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant. Les propositions récentes de remplacer la notion d'autorité parentale par celle de « responsabilité parentale » n'ont pas prospéré. Comme on l'a écrit à propos de la loi du 4 mars 2002, « au fond, l'un des principaux apports du texte pourrait bien être... ce qu'il n'a pas changé ». La notion de responsabilité est en effet jugée trop restrictive en laissant entendre que les parents n'ont que des devoirs, alors

⁹ C. civ., art. 388-1, al. 2. La loi du 8 janvier 1993 lui avait seulement reconnu le droit de demander à être entendu : le juge pouvait le lui refuser

¹⁰ elle-même confiée depuis une loi de 1938 au « chef de famille », le mari en principe, la femme à défaut

qu'ils ont aussi des pouvoirs dont la responsabilité constitue la contrepartie. Il s'agit par ailleurs d'une autorité parentale, ce qui signifie qu'elle appartient aux deux parents et surtout qu'elle est exercée par les deux parents.

A vrai dire, c'est toute l'évolution du droit postérieur à 1970 que d'avoir généralisé ce principe d'exercice commun, bataille qui fut menée de front avec celle de l'égalité entre les filiations. Depuis 1970, les lois successives qui sont intervenues en la matière ont opéré un rapprochement des statuts familiaux vers le modèle de la famille légitime unie, jusqu'à édifier un droit commun de l'autorité parentale. Cette entreprise s'est construite, curieusement et paradoxalement, sur le constat d'un matriarcat légal, concernant la famille naturelle, et judiciaire, concernant les parents divorcés. Dans la famille naturelle, la loi de 1970 prévoyait que, sauf décision contraire du tribunal, l'autorité parentale était exercée par la mère, même lorsque l'enfant avait été reconnu par ses deux parents. Dans la famille légitime désunie, les tribunaux, qui confiaient systématiquement la garde de l'enfant à la mère, avaient pris l'habitude d'assimiler la notion de garde avec celle d'autorité parentale, de telle sorte que confier la garde à la mère était devenu synonyme de lui confier tous les attributs de l'autorité parentale. La loi Malhuret du 22 juillet 1987 a tenté une expérience. En cas de divorce, il était désormais possible pour le juge de prononcer, dans l'intérêt de l'enfant, un exercice commun de l'autorité parentale. Il s'agissait de permettre au « couple parental » de survivre au « couple conjugal ». Dans la famille naturelle, l'exercice conjoint devenait possible sur simple déclaration des parents.

La loi du 8 janvier 1993 a franchi une étape décisive. L'exercice en commun de l'autorité parentale est devenu le principe, aussi bien à la suite du divorce que dans la famille naturelle. L'évolution législative n'était d'ailleurs pas seule en cause, celle des mentalités l'était tout autant. Il fallut reconnaître l'existence des droits des pères¹¹ et admettre que des parents désunis puissent s'entendre à propos de l'enfant. La loi a pu jouer ici un rôle pédagogique, voire contraignant. Quant à la famille naturelle, compte tenu de l'évolution des mœurs, de l'augmentation croissante du nombre des naissances hors mariage, de la stabilité et de la longévité des couples de concubins, il a fallu également admettre qu'elle constitue une famille à part entière.

La loi du 4 mars 2002, parachevant l'évolution antérieure, a consacré ce qu'il est convenu d'appeler la coparentalité. Il ne s'agissait plus d'assimiler les familles naturelles et les familles désunies à la famille légitime unie. Il s'agissait de reconsidérer la construction

¹¹ on était loin de la puissance paternelle !

familiale, non plus à partir des liens qui unissent le couple ou des circonstances de la naissance de l'enfant, mais « tout simplement, sur la relation entre l'enfant et les parents ». Un véritable droit commun de l'autorité parentale a été élaboré, en ce sens que désormais tous les textes qui la gouvernent sont réunis dans un même titre, alors qu'auparavant une partie d'entre eux figurait au sein du titre consacré au divorce. Un véritable droit commun également en ce que la loi de 2002 a énoncé des principes qui s'appliquent à tous les enfants, que leurs parents soient mariés ou non, qu'ils soient unis ou séparés.

Toute référence aux notions de filiation légitime et naturelle a été gommée, anticipant la réforme de l'ordonnance de 2005.

Vont être étudiés successivement la notion d'autorité parentale, l'exercice de l'autorité parentale et le contrôle de l'autorité parentale.

Section 1 - Le contenu de l'autorité parentale

L'autorité parentale est définie par l'article 371-1 du Code civil, issu de la loi de 2002. Il est d'abord énoncé clairement, ce que tout le monde admettait déjà, que l'autorité parentale s'analyse comme un ensemble de droits-fonction, c'est-à-dire des droits qui sont autant de devoirs et qui sont tournés vers l'intérêt d'autrui¹² et non pas octroyés pour la seule satisfaction de leur titulaire. L'autorité parentale est en effet « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Par ailleurs, l'alinéa 2 rappelle que l'autorité parentale a pour but de protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité », mais aussi d'« assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne ». L'éducation n'est plus conçue, comme auparavant, comme un moyen parmi d'autres de protéger l'enfant, mais aussi comme une finalité de l'autorité parentale, à côté de la protection. Les parents doivent préparer l'enfant à devenir un adulte et à acquérir son autonomie.

Un autre changement de perspective s'est manifesté dans les textes. Depuis l'origine du Code civil, l'article 371 énonce : « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ». Il inscrit d'emblée les relations entre parents et enfants dans un rapport de hiérarchie. Le respect dû par l'enfant à l'égard de ses parents est le respect que l'on doit à ses aînés et en particulier à ceux qui nous ont donné la vie. C'est une formule qui exprime d'ailleurs un devoir d'ordre moral- même si la jurisprudence récente a eu

¹² l'enfant en l'occurrence

tendance à lui donner un véritable contenu juridique¹³. Désormais, les parents aussi doivent respecter leur enfant. Ils doivent en effet exercer leur ministère « dans le respect dû à sa personne », toute la question étant de savoir quelles sont la signification et la portée de cette exigence. Est-ce là une simple formule symbolique ou une véritable obligation juridique ?

Dans le même sens, l'article 371-1, alinéa 3 du Code civil annonce de manière impérative : « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Cette directive permet de tenir compte du fait que l'enfance n'est pas une période homogène et que le mineur acquiert sa maturité progressivement. Ainsi, selon ses aptitudes personnelles, il peut participer aux choix qui le concernent. Il est néanmoins difficile d'y voir une véritable obligation, dont l'objet et la sanction seraient bien incertains, ni une règle de démocratie au sein de la famille : il ne faut pas s'y tromper, les parents et les enfants ne sont pas sur un pied d'égalité.

Le Code civil édicté une responsabilité spéciale du fait d'autrui, celle des parents du fait de leurs enfants mineurs. « 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 ». Pour que la responsabilité des parents puisse être engagée, il faut que l'enfant soit mineur, qu'il habite avec ses parents, et que ceux-ci aient l'exercice de l'autorité parentale. Un parent qui serait seulement titulaire de l'autorité parentale ne pourrait donc pas être poursuivi.

La responsabilité des parents était fondée sur une faute qu'ils étaient présumés avoir commise dans l'éducation ou la surveillance de l'enfant. Ils pouvaient donc se défendre en démontrant qu'ils n'avaient commis aucune faute.

Or, la Cour de cassation, dans un arrêt célèbre, l'arrêt Bertrand, a opéré un revirement de jurisprudence spectaculaire sur ce point¹⁴ en décidant que « seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer le père de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui ». Depuis l'arrêt Bertrand, on est donc passé d'une responsabilité subjective, fondée sur la faute, à une responsabilité objective, fondée sur le risque. On peut se demander quel rapport il existe encore entre cette responsabilité et l'exercice de l'autorité parentale puisque le

¹³ Le texte a ainsi permis aux tribunaux de fonder l'octroi d'une indemnité à un enfant qui avait subvenu aux besoins de ses parents dans les dernières années de leur vie, ou encore l'obligation pour l'enfant d'assumer les frais d'obsèques de ses parents, malgré l'insuffisance de l'actif successoral

¹⁴ Cass. 2e civ, 19 février 1997

débat judiciaire ne peut plus consister à apprécier le comportement des parents à l'égard de l'enfant, et on peut se demander s'il ne faudrait pas étendre cette responsabilité à tous les parents, ayant ou non l'exercice de l'autorité parentale.

Sous-section 1 - La protection de l'enfant

La première mission qui incombe aux parents consiste à protéger l'enfant. Ils doivent protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ». La formule est suffisamment large pour englober tous les besoins quotidiens de l'enfant, mais aussi des besoins plus ponctuels comme en matière médicale. Elle impose aux parents de surveiller les agissements de l'enfant, ses relations, mais aussi de veiller à ce que les tiers ne portent pas atteinte à son intégrité physique ou morale¹⁵. Pour remplir leur mission, ils doivent accomplir des actes matériels mais aussi juridiques, comme consentir à l'admission de l'enfant dans un établissement hospitalier ou intenter une action en justice.

Deux points méritent particulièrement l'attention : la résidence de l'enfant et ses relations avec les tiers.

§ 1 - La résidence de l'enfant

Jusqu'à la réforme de 2002, l'article 371-1, al. 2 du Code civil attribuait droit et devoir de garde aux parents. Cependant, cette notion était devenue très ambiguë en raison de l'assimilation par les tribunaux des notions de garde et d'autorité parentale. Lorsque les parents divorçaient, notamment, les juges attribuaient à l'un d'eux¹⁶ tout à la fois la garde et le reste des prérogatives de l'autorité parentale. Dès la loi Malhuret de 1987, le rôle de la garde a été réduit à l'extrême, la notion elle-même ne figurant plus guère qu'à l'article 371-1, ainsi qu'à l'article 1384, al. 4 relatif à la responsabilité des parents du fait de leurs enfants. La loi du 4 mars 2002 l'a supprimée dans les deux textes. La garde n'est donc plus une notion juridique en droit de la famille, même si elle survit dans le langage courant.

Bien que le droit de garde n'existe plus dans les textes, il est certain que les parents ont le droit de fixer la résidence de l'enfant. On peut le déduire indirectement de l'article 215, al. 2 du Code civil selon lequel « la résidence de la famille est au lieu qu'ils [les époux] choisissent d'un commun accord ». On peut aussi le déduire de leur mission de protection de l'enfant : celle-ci s'accomplit d'autant plus facilement que l'enfant cohabite avec les parents. Enfin, il apparaît sous forme d'une interdiction faite à l'enfant : « l'enfant

¹⁵ on pense en particulier à la protection de sa vie privée

¹⁶ la mère en général

ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale »¹⁷. La résidence de l'enfant détermine par ailleurs son domicile¹⁸.

La fixation de la résidence de l'enfant n'est pas seulement un droit, c'est aussi un devoir pour les parents qui doivent accueillir l'enfant chez eux. A défaut, des mesures d'assistance éducative pourraient être prononcées, ou même des mesures plus sévères, telles que la délégation forcée de l'autorité parentale ou le retrait. Des poursuites pénales peuvent également être exercées. L'article 227-1 du Code pénal prévoit que le délaissement de mineur est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, à moins que les circonstances du délaissement aient permis d'assurer la santé et la sécurité de l'enfant. On pense au cas où l'enfant aurait été abandonné auprès d'un service de l'Aide sociale à l'enfance dans les conditions des articles L. 224-4 et suivants du Code de l'action sociale et des familles.

Le pouvoir de fixer la résidence de l'enfant est attaché dans une certaine mesure à l'exercice de l'autorité parentale. Lorsque, à la suite d'une séparation, l'un des parents est exceptionnellement privé de cet exercice, non seulement l'enfant ne réside pas avec lui, mais il n'a en outre aucun pouvoir pour déterminer sa résidence.

En principe, cependant, malgré la séparation des parents, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint. Les parents peuvent sans doute décider avec lequel d'entre eux l'enfant résidera. Ils peuvent faire ce choix par convention soumise à homologation ; sinon, c'est le juge qui décide. Il prend en compte, notamment l'aptitude de chaque parent à respecter les droits de l'autre¹⁹. Une fois le parent désigné, lui seul peut fixer le lieu de résidence de l'enfant. On comprend toutefois que, dans une telle situation, l'exercice conjoint de l'autorité parentale risque de se révéler très théorique. D'une part, c'est le parent chez lequel l'enfant réside qui en a la charge quotidienne et accomplit seul les actes usuels. D'autre part, malgré ses obligations, le parent chez lequel l'enfant n'a pas sa résidence risque de s'en désintéresser progressivement jusqu'à perdre tout contact avec lui. Deux mesures ont été introduites pour atténuer ce risque.

La Cour de cassation avait condamné l'idée d'une garde alternée²⁰ et la loi de 1987 avait exigé expressément que soit fixée la résidence habituelle de l'enfant - chez un seul parent. Certains juges du fond contournaient cependant l'interdiction en attribuant au parent qui n'avait pas la résidence de l'enfant un droit d'hébergement extrêmement

¹⁷ C. civ., art. 371-3

¹⁸ art. 108-2

¹⁹ C. civ., art. 373-2-11-30

²⁰ Civ. 2°, 2 mai 1984

large²¹. Le débat opposait ceux qui pensent que la résidence alternée est le meilleur moyen d'assurer à l'enfant des rapports équilibrés avec ses deux parents et ceux qui considèrent au contraire que la résidence alternée de l'enfant crée, dans le mode de vie de l'enfant, une instabilité qui lui est préjudiciable. Il semble en réalité qu'en la matière, on ne puisse avoir de position tranchée pour ou contre la résidence alternée, car tout est affaire de circonstances. La résidence alternée peut ainsi être envisagée lorsque les parents entretiennent des rapports non conflictuels et qu'ils vivent proches l'un de l'autre, de telle sorte que l'enfant puisse aller facilement à l'école depuis ses deux résidences.

Le législateur l'a bien compris qui, dans la loi de 2002, a donné au juge le pouvoir de fixer, même sans l'accord des parents, la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun d'eux²². Le juge peut aussi ordonner, à la demande de l'un d'entre eux ou en cas de désaccord, une résidence alternée à titre provisoire, pour une période déterminée. Il s'agit d'une résidence alternée à l'essai qui peut s'ouvrir, à la fin de la période définie, sur une résidence alternée définitive ou au contraire sur une résidence habituelle unique. Dans ce cas, l'article 373-2-9, alinéa 3, issu de la loi du 5 mars 2007, précise que le juge statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent - qui peut être organisé dans un espace de rencontre qu'il désigne.

L'article 373-2, alinéa 3 du Code civil exige que tout changement de résidence de l'un des parents, qui aurait une incidence sur les modalités de l'autorité parentale, fasse l'objet d'une « information préalable et en temps utile » de l'autre parent. Il ne s'agit pas d'une demande d'autorisation mais bien d'une information. Le but en est de faire en sorte que les parents se mettent d'accord sur l'organisation des relations de chacun avec l'enfant. En cas de désaccord, le plus diligent peut saisir le juge qui statue toujours en fonction de l'intérêt de l'enfant. Il peut entre autre solution modifier les modalités du droit de visite et d'hébergement, passer d'une résidence alternée à une résidence unique

§ 2 - Les relations de l'enfant avec les tiers

Naguère, les parents bénéficiaient d'un droit et devoir de surveillance. Cette surveillance concernait tout particulièrement les relations de l'enfant avec les tiers. Il permettait aux parents de surveiller ses allées et venues, sa correspondance²³. Cette prérogative n'est plus visée par le Code civil, mais on voit mal comment les parents

²¹ Paris, 10 février 1999

²² C. civ., art. 373-2-9

²³ CA Paris, 4 octobre 1990

pourraient en être privés. La difficulté de leur mission se trouve cependant accrue avec le développement des modes de communication modernes, comme Internet ou les téléphones portables. Par ailleurs, il semble plus difficile d'admettre aujourd'hui que les parents lisent le courrier de leurs enfants. Ils sont les garants de leur vie privée, ils ne doivent pas y porter atteinte. C'est une question de dosage. Il va de soi également que le degré de surveillance et d'immixtion acceptable dans les relations de l'enfant avec les tiers varie en fonction de son âge et de sa maturité. Il faut rappeler que la Convention internationale des droits de l'enfant reconnaît à celui-ci un certain nombre de droits qui doivent être conciliés avec les pouvoirs parentaux²⁴.

Quoi qu'il en soit, la mission de protection dont se trouvent investis les parents peut les conduire à interdire à un tiers d'entretenir des relations avec l'enfant. Le législateur a toutefois limité les pouvoirs parentaux en réglementant de manière plus précise les relations de l'enfant avec les ascendants ou avec certains autres tiers, en particulier ses frères et sœurs.

I - Les relations de l'enfant avec ses ascendants

Depuis fort longtemps, la jurisprudence avait admis que l'enfant et ses grands-parents puissent entretenir des relations, en l'absence même de texte explicite dans le Code civil²⁵. Cet oubli commis par les rédacteurs du Code civil fut réparé tardivement par la loi du 4 juin 1970.

L'article 371-4 du Code civil énonçait en effet que « les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ». La plupart du temps, ces relations ne posent pas de difficultés et se nouent naturellement. Mais pour peu qu'il existe un différend entre les parents et les grands-parents, elles peuvent se trouver fortement altérées, voire disparaître. Sur la proposition de la commission Dekeuwer-Défossez, le législateur a procédé à une réécriture de l'article 371-4, alinéa 1er : « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants ».

La question se posait de savoir qui était titulaire de ce droit. La plupart des auteurs le présentaient comme un droit des grands-parents, mais l'analyse ne s'imposait pas et le texte pouvait fort bien s'interpréter comme attribuant le droit à l'enfant lui-même, ce qui semblait plus logique dans un système fondé sur l'intérêt de l'enfant. La question n'était pas purement théorique, elle permettait de savoir qui, en cas de difficulté, pouvait saisir le

²⁴ liberté d'opinion, d'expression, droit à la vie privée, droit à l'information, etc.

²⁵ Cass. civ., 8 juillet 1857

juge pour organiser les relations. La Cour de cassation avait résolu partiellement le problème en décidant que la mère divorcée n'avait pas qualité pour demander l'organisation d'un tel droit ; en cas de difficultés il appartenait aux grands-parents d'agir²⁶. L'arrêt accréditait donc la thèse du droit des grands-parents.

Coupant court aux débats et à la solution précédemment retenue, la loi du 4 mars 2002 fait des relations avec les ascendants²⁷ un droit de l'enfant. Cette nouvelle position n'est pas sans susciter de nouvelles difficultés d'ordre technique. Puisqu'il s'agit d'un droit de l'enfant, il faut supposer que lui seul a le droit de saisir le juge pour le cas où il souhaiterait le faire valoir en justice²⁸. Or, l'enfant - en tant que mineur - n'a pas la capacité pour agir en justice lui-même. Les parents se trouvant disqualifiés pour le représenter lorsqu'ils sont en litige avec lui, la seule solution envisageable semble la nomination d'un administrateur ad hoc fondée sur l'article 388-2 du Code civil.

Le texte prévoyait que seuls des motifs graves pouvaient s'opposer à ce que des liens se nouent ou se perpétuent entre l'enfant et ses ascendants. Il est vrai que les litiges surgissent le plus souvent à la suite de la séparation des parents ou du décès de l'un d'entre eux, circonstances qui font parfois apparaître de forts antagonismes entre la belle-fille ou le gendre et ses beaux-parents. Le refus des relations peut être justifié lorsque l'entourage des grands-parents s'avère dangereux pour l'enfant²⁹, lorsque les grands-parents dénigrent systématiquement le parent survivant ou lorsqu'ils nuisent à l'exercice normal de l'autorité parentale, dont ils sont d'ailleurs nullement titulaires. Toute relation ne se trouve d'ailleurs pas forcément interdite. Le droit d'hébergement peut être suspendu alors que le droit de visite subsiste. Quoi qu'il en soit, les motifs graves relevaient de l'appréciation souveraine des juges du fond³⁰. La loi du 5 mars 2007 a modifié cette limite. Désormais, l'article 371-4, alinéa 1er énonce : « seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ». Il n'est pas certain que les solutions en seront changées.

II - Les relations de l'enfant avec d'autres tiers

Il est apparu depuis longtemps que l'enfant pouvait avoir intérêt à entretenir des relations avec des tiers, autres que ses ascendants, membres de sa famille ou non. La loi du 4 juin 1970 avait légalisé cette possibilité, mais en la soumettant à la démonstration de

²⁶ Cass. 1° civ., 20 juillet 1983

²⁷ et non seulement des grands-parents, consécration de la jurisprudence antérieure

²⁸ contre qui ? ses parents, ses grands-parents ?

²⁹ CA Angers, 12 juin 1992

³⁰ Cass. 1° civ., 13 décembre 1989

« circonstances exceptionnelles »³¹. Seul un droit de visite ou de correspondance pouvait être accordé au tiers. Mais la jurisprudence avait décidé que les deux modalités de ce droit pouvaient être cumulées, et l'avait par ailleurs élargi, comme pour les grands-parents, au droit d'hébergement.

La loi du 4 mars 2002 a également réécrit cette disposition. Désormais, « si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ». Des circonstances exceptionnelles ne sont plus exigées, les relations avec le tiers sont possibles chaque fois qu'elles sont conformes à l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt doit être prouvé, il n'est pas présumé, contrairement à celui qui justifie les relations avec les ascendants.

Enfin, les modalités n'en sont plus limitativement énumérées.

Les situations sont diverses, dans lesquelles un droit aux relations peut être accordé à un tiers, mais elles ont généralement toutes un point commun : l'existence de rapports préalables étroits du tiers avec l'enfant. C'est ainsi le cas de parents nourriciers³², d'une tante maternelle qui avait élevé les enfants abandonnés par leur mère³³, d'un homme dont la paternité a été détruite³⁴. Le texte peut aussi être utilisé à la suite de la dissolution d'une famille recomposée, au profit d'un ex-beau-parent, ce qui permet de résoudre en partie le problème de l'absence de statut du beau-parent.

Avant 1993, l'article 371-4 avait permis de sauver les grands-parents d'une éviction totale, dans le cas de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint. On sait en effet que l'adoption plénière détruit la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre parent, ce qui a pour effet de rompre tout lien juridique avec la famille de ce dernier. Les tribunaux avaient cependant estimé que les grands-parents se trouvaient dans des circonstances exceptionnelles au sens de l'article 371-4 et pouvaient donc obtenir un droit de visite et d'hébergement.

Depuis la loi du 8 janvier 1993, ce contentieux s'est fort heureusement tari.

Enfin, les couples homosexuels trouvent là encore matière à donner un essor nouveau à une disposition du Code civil. Certaines juridictions ont en effet admis que l'ex-concubine de la mère puisse conserver des liens avec l'enfant qu'elle avait en partie élevé³⁵.

³¹ C. civ., art. 371-4, al. 2

³² Cass. 1° civ, 20 mars 1979

³³ Cass. 1° civ, 1er décembre 1982

³⁴ CA Paris, 16 décembre 1976

³⁵ TGI Bressuire, 6 janvier 2000

La loi du 30 décembre 1996, issue d'une revendication du Parlement des enfants, a introduit dans le Code civil une nouvelle disposition consacrant une sorte de droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses frères et sœurs³⁶. Essentiellement applicable aux hypothèses de dislocation de la cellule familiale, le principe est accompagné d'exceptions si larges qu'il risque d'être réduit à « une affirmation purement platonique »³⁷.

L'enfant ne doit pas être séparé de sa fratrie, « sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution ». Il faut ajouter que les professionnels, à commencer par les juges, n'avaient pas attendu la loi pour maintenir dans la mesure du possible l'unité de la fratrie. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs.

Sous-section 2 - L'éducation de l'enfant

Avant la loi du 4 mars 2002, l'article 371-2 du Code civil faisait de l'éducation un moyen au service de la protection. Le lien ainsi établi entre éducation et protection n'était guère logique, tant leur objet diffère - même s'ils ne sont pas étrangers. La loi de 2002 a remis les choses en ordre : l'éducation constitue une autre mission des parents, à côté de la protection³⁸. Elle consiste principalement à fournir à l'enfant les outils qui lui permettront d'atteindre l'âge adulte et de s'intégrer alors dans la vie sociale. La loi a ajouté à la mission d'éducation, celle de permettre le développement de l'enfant. C'est sans doute un peu redondant, mais au moins plus explicite. La loi de 1970 avait fait de l'éducation un droit et un devoir. Même si la formule n'a pas été conservée, l'analyse de l'autorité parentale en un ensemble de droits-fonctions conduit à raisonner comme auparavant. Eduquer reste un droit et un devoir.

Le droit d'éduquer l'enfant consiste avant tout dans le droit de choisir librement l'éducation, dans tous ses aspects : éducation sportive, artistique, politique, religieuse, morale, professionnelle. Les choix doivent être faits par les parents ensemble dès lors qu'ils exercent en commun de l'autorité parentale. Dans le cas contraire, celui qui n'a pas l'exercice conserve le droit de surveiller l'éducation choisie par l'autre. En fonction de leurs vertus et talents personnels, l'éducation peut être assurée par les parents eux-mêmes,

³⁶ C. civ., art. 372-5

³⁷ Selon le mot de P Murat, la loi du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, ou comment resurgit la question des droits de l'enfant ; Dr. fam. 1997, chron. n° 4, p. 6. L'auteur souligne les insuffisances et excès que recèle le texte

³⁸ art. 371-1, al. 2

mais elle implique souvent qu'ils accomplissent des actes juridiques : inscription de l'enfant à un club ou un cours, paiement de droits d'inscription, etc.

Pour appuyer leur mission d'éducation, un droit de correction a toujours été reconnu aux parents. A la grande époque de la puissance paternelle, le père en était expressément investi, ce qui lui permettait de faire enfermer son enfant.

Le droit de correction n'existe plus aujourd'hui que sous la forme des châtiments corporels dont la mesure et les modalités sont gouvernées par la coutume. Au plan pénal, lorsque ces violences sont justifiées par les besoins de la discipline et de l'éducation, elles relèvent de l'autorisation de la loi³⁹ et constituent à ce titre un fait justificatif des infractions de violence sur mineur. Les châtiments doivent toutefois rester légers⁴⁰. L'évolution des mentalités et des droits de l'enfant est telle que ce pouvoir apparaît en réalité de plus en plus limité. La frontière entre le châtiment corporel⁴¹ et la maltraitance est difficile à tracer.

Le devoir d'éduquer l'enfant semble beaucoup plus difficile à définir, et même à concevoir. Il est vrai que la loi⁴² et la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 28) reconnaissent à celui-ci un droit à l'éducation et que corrélativement l'instruction scolaire s'impose aux parents pour les enfants entre six et seize ans⁴³. Mais il s'agit plutôt d'une atteinte à la liberté des parents de ne pas éduquer l'enfant sous la forme d'une prise en charge par l'Etat de cette mission.

Que reste-t-il aux parents ? Dans les domaines déjà évoqués, ils peuvent intervenir librement, mais on conçoit mal que cette intervention prenne la forme d'une obligation. Rien n'oblige ainsi les parents à donner une éducation religieuse, artistique ou politique à leur enfant. Et s'ils décident de le faire, aucun contenu ne leur est imposé. Le principe de neutralité et de laïcité de l'Etat empêche ce dernier, par exemple, d'imposer ou d'interdire une religion.

Quant à la morale, chacun sait qu'elle est personnelle, évolutive dans le temps et selon les milieux. Au vrai, l'éducation relève du non-droit.

Section 2 - L'exercice de l'autorité parentale

L'autorité parentale appartient aux parents afin qu'ils protègent et assurent l'éducation de l'enfant. C'est en tant que mineur que celui-ci est ainsi pris en charge par sa

³⁹ de la coutume plus précisément

⁴⁰ Cass. crim., 21 février 1990. Le concubin de la mère avait donné une forte gifle à l'enfant, âgé de six ans, lui avait plongé la tête dans la cuvette des WC. et avait tiré la chasse. Ces faits dépassaient « les limites d'un droit de correction »

⁴¹ une gifle ou une fessée

⁴² Code de l'éducation, art. L. 111-1, al. 5

⁴³ Code de l'éducation, art. L. 131-1

famille. Lorsqu'il devient majeur, c'est-à-dire à partir de l'âge de dix-huit ans révolus⁴⁴, il est censé devenir autonome et ne plus avoir besoin ni de protection, ni d'éducation, ni d'être représenté⁴⁵. L'autorité parentale n'existe donc que pendant la minorité de l'enfant. Il est vrai que bien souvent ce dernier continue à habiter avec ses parents et à être assumé financièrement par eux au-delà de cette limite. D'ailleurs, le Code civil, depuis la loi de 2002, prévoit que le devoir d'entretien des parents ne cesse pas à la majorité de l'enfant⁴⁶ mais le lien du devoir d'entretien avec l'autorité parentale est discuté. En dehors de cet aspect, l'autorité parentale ne survit pas à la majorité de l'enfant. Elle peut même cesser avant, dans l'hypothèse de son émancipation.

L'autorité parentale appartient aux parents et à eux seuls. Il faut cependant bien distinguer deux notions : celle de titularité et celle d'exercice de l'autorité parentale. Les deux parents, dès lors qu'ils ont établi leur lien de filiation à l'égard de l'enfant, sont titulaires de l'autorité parentale, ils en sont investis tous les deux immédiatement en tant que parents⁴⁷. Seul le retrait de l'autorité parentale peut les priver de la titularité. La titularité n'est cependant pas suffisante pour permettre aux parents de prendre les décisions relatives à l'enfant. Il faut encore qu'ils bénéficient de l'exercice de l'autorité parentale. Or, il peut arriver, même si de telles hypothèses sont devenues plus rares depuis la loi du 4 mars 2002, que l'un des parents en soit privé. Dans ce cas, il ne peut prendre aucune décision ; il conserve seulement certaines prérogatives. Quant aux tiers, s'ils ne sont jamais titulaires de l'autorité parentale, l'exercice peut parfois leur en être confié, ne serait-ce que de manière partielle.

La loi du 4 mars 2002 a consacré le principe de coparentalité qui signifie que l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Malgré sa généralité, cette solution connaît des exceptions. Après avoir examiné les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale, il conviendra d'évoquer ses modalités de fonctionnement, puis le rôle qui est réservé au juge en la matière.

Sous-section 1 - La dévolution de l'exercice de l'autorité parentale

L'exercice de l'autorité parentale peut se faire en commun ou de façon unilatérale.

§ 1 - L'exercice en commun

La loi du 4 mars 2002 a inscrit à l'article 372 du Code civil un principe général, applicable à toutes les situations de l'enfant. Que celui-ci soit né en ou hors mariage, que

⁴⁴ C. civ., art. 388

⁴⁵ C. civ., art. 371-1, al. 2

⁴⁶ art. 371-2, al. 2

⁴⁷ C. civ., art. 371-1, al. 2

ses parents aient été unis au moment de sa naissance et qu'ils se soient séparés par la suite ou qu'ils aient été désunis dès la naissance, le principe est le même : « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ».

Le sort de l'enfant est donc déterminé indépendamment de la situation conjugale des parents. Il va de soi que ce principe ne s'applique que dans la mesure où la filiation est établie à l'égard des deux parents. Dans le cas contraire, seul le parent qui a établi sa filiation a le titre et l'exercice de l'autorité parentale.

Le législateur a tenu compte des circonstances, non pas de la naissance de l'enfant, mais de l'établissement de sa filiation. Lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant, alors qu'elle est déjà établie à l'égard de l'autre, seul ce dernier exerce l'autorité parentale⁴⁸. Le parent tardif est titulaire de l'autorité parentale mais n'en a pas l'exercice. Toutefois, l'exercice commun peut être rétabli par déclaration conjointe des père et mère devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou - si les parents ne s'entendent pas - sur décision du juge aux affaires familiales. Cette restriction à l'égard du parent tardif vise essentiellement l'hypothèse de l'enfant né hors mariage, puisque dans ce cas la filiation est divisible et peut effectivement être établie par chacun des parents séparément et successivement.

Pour les enfants nés hors mariage, la loi du 8 janvier 1993 avait déjà admis le principe de l'exercice commun, mais en le soumettant à deux conditions. Il fallait d'une part que la filiation à l'égard des deux parents ait été établie avant le premier anniversaire de l'enfant. Cette condition subsiste toujours. Il fallait d'autre part que les parents vivent ensemble au moment de la seconde reconnaissance. Cette condition avait été critiquée parce qu'elle soulevait des problèmes de preuve, et parce qu'il était peu logique d'exiger une communauté de vie de la part des parents naturels au moment où l'exercice devenait commun par principe en cas de divorce des parents légitimes. Cette condition a été supprimée par la loi du 4 mars 2002.

Les solutions sont identiques lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent - quelle qu'en soit la date. Cette situation, comme la précédente, montre que le second parent ne s'est pas spontanément préoccupé de son enfant et qu'il n'est donc pas dans l'intérêt de ce dernier de lui confier le pouvoir de décision.

Le principe de l'exercice en commun est réaffirmé avec force pour l'hypothèse de la séparation des parents : « la séparation n'a aucune incidence sur les règles de dévolution

⁴⁸ art. 372, al. 2

de l'exercice de l'autorité parentale »⁴⁹. Et comme pour s'assurer qu'il ne s'agit pas d'un vain mot, l'alinéa 2 du texte impose un devoir aux parents : chacun d'eux doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent. Ce devoir n'est pas théorique puisque le cas échéant le juge pourra en tenir compte pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale⁵⁰.

Il est cependant nécessaire de tenir compte de la nouvelle situation matérielle qui implique des aménagements dans l'exercice en commun. Tout d'abord, l'enfant ne peut résider chez ses deux parents à la fois. Il est désormais possible d'organiser une résidence alternée. Mais en dehors de cette solution, qui n'est pas la plus fréquente, l'enfant réside chez un seul de ses parents. Il est intéressant de relever que le concept de résidence habituelle a disparu avec la loi du 4 mars 2002. On peut sans doute y lire la volonté du législateur de ne pas faire du parent qui a la résidence le parent principal. Il faut aussi relever qu'il n'existe plus aucune mesure spécifique à l'autorité parentale en cas de divorce. Or, parmi les dispositions issues de la loi de 2002, il n'en existe aucune qui impose au juge de statuer sur les relations de l'enfant avec ses parents divorcés. Est-ce un oubli maladroit ou le fruit d'une volonté hasardeuse ?

§ 2 - L'exercice unilatéral

Il faut distinguer selon que l'exercice est unilatéral dès l'origine ou que l'un des parents a perdu son droit.

I - Exercice unilatéral d'origine

Il s'agit des cas déjà vus dans lesquels l'un des parents n'a pas établi spontanément et immédiatement sa filiation à l'égard de l'enfant. Son désintéret apparent justifie qu'il n'exerce pas l'autorité parentale, sauf choix contraire des parents ou décision du juge

II - Perte de l'exercice de l'autorité parentale

L'article 373 du Code civil envisage une série d'hypothèses où l'un des parents « est privé de l'exercice de l'autorité parentale ». Il s'agit des cas où le père ou la mère est hors d'état de manifester sa volonté. Le texte en donne deux exemples. D'abord celui de l'incapacité du parent. Si le majeur est placé sous tutelle, on imagine mal qu'étant inapte à s'occuper de lui-même, il puisse décider de l'éducation de son enfant. Mais une telle

⁴⁹ C. civ., art. 373-2, al. 1er

⁵⁰ art. 372-2-11, 3°

conséquence n'a rien d'automatique car pour être sous tutelle le parent n'en est peut-être pas moins capable d'exprimer sa volonté⁵¹. Le texte vise également le cas de l'absent - au sens de l'article 112 du Code civil - qui par définition ne peut évidemment pas manifester sa volonté. Mais toute autre cause pourrait être retenue, telle que l'emprisonnement ou la captivité en tant qu'otage.

Si l'un des parents perd l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul les pouvoirs parentaux⁵². Il en va de même lorsque l'un des parents décède - y compris si le survivant n'avait pas jusque-là l'exercice de l'autorité parentale.

III - Séparation des parents

La situation des parents ne reste pas totalement sans incidence sur la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Alors que dans le cas où les parents vivent ensemble, seules les causes précédemment examinées peuvent entraîner la perte de l'exercice de l'autorité parentale, en situation de séparation s'en ajoute une nouvelle. L'article 373-2-1 du Code civil prévoit en effet que « si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ». Il ne distingue pas selon la nature de la séparation : il s'applique à la séparation de droit⁵³ comme de fait, aux époux comme aux concubins ou aux partenaires d'un pacte civil de solidarité.

Comme le texte l'indique expressément, c'est l'intérêt de l'enfant qui guide la décision du juge. Les motifs qui justifient la privation de l'exercice de l'autorité parentale doivent être graves. Ont été retenus un environnement dangereux⁵⁴, l'appartenance à une secte qui prône une discipline pouvant s'avérer nuisible pour l'enfant⁵⁵ ou qui a pour but d'atténuer le libre arbitre des mineurs et d'empêcher l'éclosion de leur personnalité⁵⁶, des méthodes d'éducation pouvant aller jusqu'aux corrections physiques au point de créer un déséquilibre psychologique chez l'enfant⁵⁷.

En revanche, ni l'appartenance à une secte, ni le transsexualisme, ni l'homosexualité du parent ne peuvent constituer en soi un motif suffisant de privation de

⁵¹ TI Saint-Omer, 3 mai 1989

⁵² art. 373-1

⁵³ divorce, séparation de corps

⁵⁴ CA Pau, 22 juin 1999, dans une affaire où le père possédait un pitbull alors que sa fille n'avait que quatre ans, sans se rendre compte de la dangerosité de l'animal

⁵⁵ Cass. 1° civ., 25 juin 1998

⁵⁶ CA Nîmes, 23 octobre 1996

⁵⁷ Même arrêt

l'exercice de l'autorité parentale. La Cour européenne des droits de l'homme y veille⁵⁸, qui impose aux juridictions nationales de se prononcer in concreto.

L'article 373-3 du Code civil permet au Juge des affaires familiales, « à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale », de décider de confier l'enfant à un tiers. Celui-ci doit être choisi de préférence dans la famille de l'enfant. Le ou les parents continuent alors d'exercer l'autorité parentale, mais le tiers accomplit tous les actes usuels relatifs à la surveillance de l'enfant et à son éducation⁵⁹.

Le juge, qui statue après séparation des parents, peut, « dans des circonstances exceptionnelles », décider du vivant même des parents qu'au décès de celui qui exerce l'autorité parentale l'enfant sera confié à un tiers - alors que dans ce cas c'est l'autre parent qui devrait retrouver l'exercice de l'autorité parentale⁶⁰.

Sous-section 2 - Les modalités de l'exercice de l'autorité parentale

Ici, encore, il faut distinguer plusieurs hypothèses.

§ 1 - L'exercice en commun

La coparentalité signifie que les deux parents sont égaux dans la prise des décisions relatives à la personne de l'enfant. Il s'agit d'une conséquence de l'égalité entre le père et la mère qui a été introduite par la loi du 4 juin 1970 et dont le champ d'application n'a depuis cessé de s'étendre. Bien que les textes soient silencieux, la solution ressort clairement du fondement même de la coparentalité : toutes les décisions, quelle que soit leur gravité, doivent être prises par les deux parents ensemble - qu'ils soient unis ou séparés.

Afin d'atténuer la lourdeur de ce système, le législateur a édicté une présomption d'accord concernant les actes usuels. « A 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 »⁶¹. La règle a pour objectif de faciliter les relations des parents avec les tiers. Ces derniers, lorsqu'ils se trouvent face à un parent seul, n'ont donc pas besoin de vérifier qu'il agit avec l'accord de l'autre parent.

Ils n'engagent donc pas leur responsabilité civile en l'absence d'un tel accord - à condition cependant qu'ils soient de bonne foi.

⁵⁸ Conv. EDH, art. 8, CEDH, 16 décembre 2003

⁵⁹ art. 373-4

⁶⁰ art. 373-1

⁶¹ C. civ., art. 372-2

La difficulté consiste alors à définir ce qu'est un acte usuel, le législateur n'en ayant ni donné de définition, ni dressé de liste. On peut admettre que la réinscription de l'enfant dans le même établissement scolaire, l'inscription à un club de sport, l'achat de matériel scolaire, l'autorisation pour un acte médical peu grave, comme une vaccination, constituent des actes usuels⁶². Plus généralement, il est admis qu'un acte qui s'insère dans la pratique habituelle des parents s'analyse comme un acte usuel. A l'inverse, un acte qui rompt avec cette habitude ne constitue pas un acte usuel. Par exemple, l'inscription dans un établissement confessionnel d'un enfant qui suivait jusque-là une scolarité laïque. Les parents peuvent ainsi créer leur propre coutume, qui donne la mesure d'un acte licite ou illicite.

Le parent qui agit sans l'accord de l'autre, que ce dernier ait été tenu dans l'ignorance ou qu'il ait opposé un refus, engage sa responsabilité civile dans le cas où l'enfant en subit un préjudice - y compris s'il s'agissait d'un acte usuel, la présomption ne jouant qu'en faveur des tiers. Il en irait de même d'un tiers qui accepterait l'accomplissement d'un acte non usuel ou qui accepterait un acte usuel en sachant que le parent agit sans l'accord de l'autre. Le parent fautif pourrait en outre faire l'objet d'une mesure remettant en cause son exercice de l'autorité parentale.

Lorsque les parents sont en désaccord sur la décision à prendre, il faut trouver une solution permettant de remédier à la situation de blocage qui en résulte. L'ancien article 372-1-1 du Code civil organisait le règlement du conflit. Dans un premier temps, les parents étaient invités à suivre la pratique qu'ils avaient précédemment suivie. A défaut, dans un second temps, l'un des parents pouvait saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il tranche le conflit.

La loi de 2002 a supprimé cette disposition mais il ne faut sans doute pas en déduire que tout recours au juge aux affaires familiales s'avère désormais impossible⁶³. Le nouvel article 373-2-6 du Code civil donne une compétence générale au juge aux affaires familiales pour régler les questions qui lui sont soumises. Ce texte peut certainement fonder une action pour résoudre un désaccord parental. Le juge pourra statuer en prenant en compte, notamment, « la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure »⁶⁴.

⁶² Voir, de manière contestable, pour une circoncision, acte de nature à la fois médicale et religieuse : TG1 Paris, 6 novembre 1973

⁶³ Contra CA Paris, 11 septembre 2002, duquel il semble ressortir qu'en cas de désaccord, les parents sont censés recourir à la médiation familiale

⁶⁴ art. 373-2-11, 1°

§ 2 - L'exercice unilatéral

L'exercice unilatéral de l'autorité parentale écarte l'égalité inhérente au principe de la coparentalité. Il établit une hiérarchie entre les parents qui se traduit par une concentration de tous les pouvoirs de décision entre les mains d'un seul. Seul celui qui exerce l'autorité parentale a le droit de prendre les décisions relativement à l'enfant, quelle qu'en soit la nature, des simples actes usuels aux actes les plus graves, tels que l'intégration dans une nouvelle religion ou une intervention chirurgicale. Toutefois, le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale mais qui en reste titulaire conserve certains pouvoirs de décision. Il peut consentir à l'adoption de l'enfant⁶⁵, à son émancipation⁶⁶ ainsi qu'à son mariage⁶⁷.

Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale n'en reste pas moins un parent. Il reste donc titulaire de l'autorité parentale et conserve le droit d'avoir des relations avec son enfant. Celles-ci prennent traditionnellement la forme d'un droit de visite et d'hébergement. L'article 373-2-1, al. 2 du Code civil maintient de ce point de vue le droit antérieur⁶⁸ et déclare : « l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves ».

Ce droit est donc automatique et c'est seulement sa privation que la loi envisage.

Seuls des motifs particulièrement graves peuvent justifier que le parent soit privé du droit de visite et d'hébergement. Les juges montrent d'ailleurs une certaine réticence à refuser toute possibilité de contact avec l'enfant. Le parent peut éventuellement conserver un droit de correspondance, ou un droit de visite sans droit d'hébergement. Les rencontres peuvent être organisées en un endroit neutre, sans danger pour l'enfant, tel un « point de rencontre »⁶⁹.

Cette pratique a été consacrée par la loi du 5 mars 2007 : « lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ce parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet »⁷⁰. Les motifs de refus pouvant être retenus résident dans la violence du parent, l'environnement

⁶⁵ C. civ., art. 348

⁶⁶ art. 477

⁶⁷ art. 148

⁶⁸ anc. art. 288 ; anc. art. 374, al. 4

⁶⁹ P. Murat

⁷⁰ art. 373-2-1, *in fine*

dangereux, le risque d'enlèvement de l'enfant, des pressions psychologiques insupportables sur l'enfant liées aux convictions religieuses du parent⁷¹.

Avant la loi du 4 mars 2002, il était prévu que, à la suite d'un divorce, le parent qui n'avait pas l'exercice de l'autorité parentale conservait un droit de surveillance sur l'entretien et l'éducation du mineur⁷². Quant au parent naturel, ce droit pouvait lui être attribué par décision du juge. La loi de 2002 a effacé cette différence de traitement entre la famille légitime et la famille naturelle. Selon l'article 373-2-1, al. 4, le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit, et le devoir désormais, de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Ce droit permet au parent de surveiller le bon déroulement de l'éducation de l'enfant. Il ne lui permet toutefois pas d'intervenir directement dans l'exercice de l'autorité parentale⁷³. Le cas échéant, il lui faut saisir le juge aux affaires familiales et démontrer que les choix ou les carences de l'autre parent nuisent à l'intérêt de l'enfant. Le juge peut statuer en interdisant ou en autorisant l'acte projeté.

Sous-section 3 - L'intervention du juge

L'une des nouveautés formelles de la loi du 4 mars 2002 réside dans la création de tout un paragraphe dédié à l'intervention du juge qui regroupe à peu près toutes les mesures relatives aux différentes interventions qui lui sont possibles.

D'emblée, l'article 373-2-6 du Code civil désigne le juge aux affaires familiales comme bénéficiant d'une compétence générale en la matière. Comme un auteur l'a écrit, le juge aux affaires familiales est devenu « l'homme-orchestre de l'autorité parentale »⁷⁴. Sa compétence n'est limitée que par celle qui est attribuée à d'autres juridictions. Ainsi, les situations de danger suscitant une mesure d'assistance éducative relèvent du juge des enfants ; le retrait de l'autorité parentale appartient au tribunal de grande instance.

Le juge aux affaires familiales doit se conformer à une prescription générale dans toutes ses décisions : il doit veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs⁷⁵, conformément à la finalité de l'autorité parentale⁷⁶.

La nouveauté tient également à ce que, désormais, le juge peut être amené à prononcer deux sortes de décisions : des décisions homologuant un accord préalable des

⁷¹ Cass. 1° civ., 24 octobre 2000

⁷² anc. art. 288, al. 1er

⁷³ Cass. 2e civ, 16 mars 1973

⁷⁴ P. Salvage-Gerest

⁷⁵ art. 373-2-6, al. 1er *in fine*

⁷⁶ art. 371-1

parents ou des décisions contentieuses prises sur saisine par un parent ou le ministère public.

§ 1 - Les décisions d'homologation

La loi de 2002 semble avoir cherché à « dédramatiser » l'autorité parentale, de la même manière que la loi du 11 juillet 1975 avait tenté de dédramatiser le divorce. Le législateur a fait en sorte que les accords parentaux soient le plus souvent possible favorisés. La démonstration la plus flagrante en est la généralisation du recours à la technique des conventions homologuées. Jusqu'à présent on la trouvait pour le changement de régime matrimonial et surtout dans le cadre du divorce sur requête conjointe. Désormais, elle peut être utilisée à tout moment pour régler les problèmes d'autorité parentale.

Selon l'article 373-2-7 du Code civil, « les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale ». La technique semble a priori réservée aux parents qui se séparent et qui souhaitent s'organiser quant aux modalités de leurs relations avec l'enfant. De ce point de vue, le champ d'application du texte est très large car le recours à la convention homologuée est possible, tant à l'occasion ou à la suite d'un divorce que d'une séparation de fait entre époux ou entre concubins. La question se pose par ailleurs de savoir si les parents unis, qui vivent ensemble, peuvent avoir recours au procédé de la convention homologuée. La réponse à cette question dépend en partie d'une autre question : savoir quel peut être le contenu de la convention.

L'article 373-2-7 envisage l'organisation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Cette notion de « modalité » peut être entendue plus ou moins largement. Généralement, on l'emploie pour désigner la répartition des pouvoirs entre les parents : il s'agit essentiellement de décider qui a la garde de l'enfant et d'organiser les modalités du droit de visite et d'hébergement. Certains auteurs estiment que les parents pourraient également modifier la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale, par exemple décider d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale là où la loi édicte un exercice en commun. Ils pourraient également fixer le contenu de l'éducation de l'enfant, par exemple le choix d'une religion. Il semble cependant que l'on s'écarte ici de la notion de « modalité de l'exercice de l'autorité parentale ».

Il s'agit de conditions plutôt négatives. En principe, le juge homologue - doit homologuer - la convention⁷⁷, sous deux réserves : celle de l'intérêt de l'enfant d'une part, celle de l'intégrité du consentement des parties d'autre part.

L'homologation confère à la convention une force obligatoire qu'elle n'aurait pas autrement. Les parents doivent donc en respecter le contenu, sauf à exercer éventuellement les voies de recours habituelles. La convention n'en est pas pour autant intangible. La situation des parents de l'enfant peut évoluer dans le temps, il apparaît donc nécessaire de pouvoir modifier son contenu. L'article 373-2-13 envisage cette éventualité. Les décisions contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge. De deux choses l'une. Ou bien les parents se sont à nouveau mis d'accord pour apporter une modification à leur première convention, ils doivent alors en présenter une nouvelle à l'homologation du juge. Ou bien les parents sont en désaccord et celui qui veut obtenir la modification doit saisir le juge aux affaires familiales qui rendra une décision contentieuse.

§ 2 - Les décisions contentieuses

Selon l'article 373-2-8 du Code civil, le juge peut statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale⁷⁸. Cette notion doit être interprétée dans le même sens que dans le cadre des conventions homologuées. Le juge est compétent pour se prononcer sur la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale⁷⁹, sur la résidence de l'enfant, sur un éventuel droit de visite et d'hébergement. Il peut également trancher un litige entre les parents relatif au contenu même de la décision. Ce pouvoir du juge, qui ne concerne pas à proprement parler les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, trouve cependant un meilleur fondement dans l'article 373-2-6 qui donne au juge aux affaires familiales compétence « pour toutes les questions qui lui sont soumises ».

Le juge aux affaires familiales peut être saisi par l'un des parents ou le ministère public — ce qui montre que l'on se trouve toujours dans un domaine où l'ordre public est en cause. Le ministère public peut être lui-même saisi par des tiers, parents ou non. Ceux-ci peuvent donc saisir indirectement le juge, alors qu'ils n'ont pas le droit d'agir contre les parents parce qu'ils ne sont pas directement en cause.

⁷⁷ art. 373-2-7, al. 2

⁷⁸ ou sur le devoir d'entretien

⁷⁹ exercice commun ou unilatéral

L'article 373-2-10 du Code civil énonce : « en cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties ». Dans l'hypothèse d'un conflit entre les parents, le juge doit jouer un rôle de conciliateur, un peu de la même manière que dans la procédure de divorce. Une solution concertée sera sans doute mieux respectée par les deux parents qu'une décision imposée purement et simplement. En cas de besoin, la loi a prévu le recours à la médiation.

La médiation, technique alternative de règlement des conflits, va dans le sens de la recherche à tout prix d'un accord entre parents. Le juge peut proposer aux parents une mesure de médiation et, s'ils en sont d'accord, désigner un médiateur familial. Il peut également leur enjoindre, non pas d'accepter une mesure de médiation, ce qui s'avérerait contre-productif, mais de rencontrer un médiateur pour s'informer sur ce qu'est la médiation. Ainsi, les parents pourront en toute connaissance de cause décider ou non d'y recourir.

La médiation est soumise au décret du 22 juillet 1996⁸⁰.

Le juge n'est pas dessaisi par la médiation⁸¹. Au contraire, si les parties parviennent à un accord, l'affaire retourne devant lui qui, à la demande des parties, homologue leur accord⁸². On en revient finalement à la technique de la convention homologuée. Le juge homologue, il n'a pas le choix, mais les parties en revanche ne semblent pas obligées de demander l'homologation. Si aucun accord n'a été trouvé, ou si les parents ne demandent pas l'homologation, le juge se prononcera sur le terrain contentieux. On peut se demander ce qui se passe si l'un des parents souhaite l'homologation et l'autre non.

Lorsqu'il se prononce sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, le juge peut prendre en considération, notamment, cinq éléments énumérés à l'article 373-2-11 du Code civil :

- la pratique que les parents avaient pu suivre antérieurement ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure⁸³ ;
- les sentiments exprimés par l'enfant dans les conditions de l'article 388-1 ; ce texte, issu de la loi du 8 janvier 1993, permet au juge d'entendre le mineur capable de discernement dans toutes les procédures le concernant ; depuis la loi du 5 mars 2007 l'audition est de droit si l'enfant en fait la demande ;

⁸⁰ NCPC, art. 131-1 s.

⁸¹ art. 131-2, al. 2

⁸² art. 131-12

⁸³ sans les soumettre à homologation

- l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;
- le résultat des expertises, notamment psychologiques, éventuellement effectuées sur la personne du mineur ;
- les renseignements qui ont pu être recueillis à la suite des éventuelles enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12.

Il a déjà été vu quelles sortes de mesures peut prendre le juge aux affaires familiales ; elles sont très diverses. L'article 373-2-6, al. 2 du Code civil précise que, de manière générale, « le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses deux parents ». Le juge se trouve ainsi promu au rôle de gardien de la coparentalité. Et l'alinéa 3 de donner un exemple : il peut ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Cette mesure est destinée à lutter contre les enlèvements internationaux d'enfants qui sont fréquents lorsque les parents ne sont pas de la même nationalité.

Section 3 - Le contrôle de l'autorité parentale

Compte tenu de la double finalité assignée à l'autorité parentale, protection et éducation dans l'intérêt de l'enfant, on comprend que l'Etat puisse intervenir pour exercer un contrôle des conditions dans lesquelles les prérogatives parentales sont exercées. Il ne s'agit pas bien sûr que l'Etat commette une ingérence dans la vie des familles en imposant un contenu à l'action éducative des parents et en sanctionnant ceux qui ne s'y conforment pas. L'intervention de l'Etat ne s'avère nécessaire que dans les cas les plus graves, ceux qui révèlent une situation de danger pour l'enfant, soit en raison des difficultés que les parents éprouvent dans l'exercice de leur mission, soit en raison de fautes graves qu'ils commettent à l'encontre de l'enfant. A cette diversité des situations répond une gradation des mesures pouvant être prises - parfois d'ailleurs avec l'accord des parents eux-mêmes. Il convient de voir dans l'ordre de sévérité croissante l'assistance éducative, la délégation de l'autorité parentale et le retrait de l'autorité parentale.

Sous-section 1 - L'assistance éducative

L'assistance éducative se présente d'une certaine manière comme l'héritière du droit de correction qui appartenait au père de famille et lui permettait de faire incarcérer son enfant lorsqu'il ne lui obéissait pas et commettait des actes délictueux. L'assistance

éducative est issue d'un décret-loi du 30 octobre 1935, le législateur s'étant montré soucieux de prévenir la délinquance juvénile plutôt que d'avoir à la réprimer ainsi que de protéger les enfants contre les mauvais traitements infligés par leurs parents. C'est une ordonnance du 23 décembre 1958 qui lui a donné sa physionomie actuelle et la loi du 4 juin 1970 l'a intégrée dans le Code civil. Elle n'a subi depuis que quelques retouches.

Depuis 1935, et plus encore depuis 1958, l'assistance éducative a pour objet, non pas de sanctionner des parents qui élèvent mal leur enfant, mais de les aider dans leur mission d'éducation, chaque fois que l'enfant se trouve dans une situation de danger. L'assistance éducative se distingue ainsi assez clairement du retrait de l'autorité parentale qui est prononcé lorsque des parents ont commis une faute grave à l'égard de l'enfant. Au contraire, il s'agit de les associer, dans la mesure du possible, à cette reprise en main de l'éducation de l'enfant.

§ 1 - Les conditions de l'assistance éducative

C'est la situation de danger d'un enfant mineur qui justifie l'intervention de l'Etat par l'intermédiaire du juge des enfants. Cette situation de danger présente toutefois cette particularité d'être due à la carence des parents.

Leur défaillance n'est pas forcément fautive et il ne s'agit pas de les stigmatiser.

Ainsi, le danger peut résulter de la pauvreté. Néanmoins, quelle qu'en soit la raison, les parents exercent mal ou n'exercent pas leur autorité parentale. Par ailleurs, la jurisprudence apprécie les conditions légales de manière suffisamment souple pour pouvoir prononcer des mesures préventives. Selon l'article 375 du Code civil, le danger est caractérisé dans deux situations.

La première situation dans laquelle l'assistance éducative peut s'avérer nécessaire est celle où « la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ». Ainsi, la santé de l'enfant est en danger lorsque la mère veut l'emmener à l'étranger où il ne pourrait pas poursuivre un traitement médical indispensable⁸⁴. Il peut s'agir de la santé psychologique, comme de la santé mentale⁸⁵. Sa sécurité est en danger, par exemple, dans les situations d'abus sexuel. Quant à la moralité, il semble que ce critère soit rarement utilisé en raison de son incertitude.

La seconde situation qui justifie une mesure d'assistance éducative est celle où « les conditions de son éducation sont gravement compromises ». La loi du 5 mars 2007 a ajouté après le mot « éducation » la formule « ou de son développement physique, affectif,

⁸⁴ Cass. 1°- civ., 25 novembre 1981

⁸⁵ Cass. 1° civ., 28 mars 1995 appartenance des parents à une secte

intellectuel et social », ce qui n'apporte pas grand-chose, ces notions pouvant être comprises dans celle d'éducation. Afin d'éviter les risques d'ingérence du juge - et à travers lui de l'Etat - dans le choix de l'éducation de l'enfant et par conséquent d'éviter que soit imposée une éducation officielle, le texte limite les pouvoirs d'appréciation du juge : seules les conditions de l'éducation font l'objet d'un contrôle, non l'éducation elle-même, distinction dont il faut bien reconnaître qu'elle paraît délicate à mettre en œuvre.

§ 2 - La procédure de l'assistance éducative

Le juge des enfants est exclusivement compétent pour prononcer une mesure d'assistance éducative⁸⁶.

Lorsque les parents divorcent et que le juge aux affaires familiales s'est prononcé ou doit se prononcer, il existe cependant un risque de conflit de compétences. Le conflit est résolu par l'article 375-3, alinéa 7 du Code civil. Le juge des enfants ne peut intervenir « que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers »⁸⁷. Depuis la loi du 5 mars 2007, il en est de même si le juge aux affaires familiales a été saisi, en dehors d'une procédure de divorce, d'une requête relative à la résidence de l'enfant et aux droits de visite. Le texte précise toutefois que les mesures d'assistance éducative ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'a le juge aux affaires familiales de prendre des mesures en vertu de l'article 373-3, c'est-à-dire, en cas de séparation des parents, de décider à qui l'enfant sera confié. Autrement dit, le juge aux affaires familiales n'est pas lié par les décisions prises par le juge des enfants.

La liste des personnes qui peuvent saisir le juge des enfants est assez longue, ce qui se comprend dans la mesure où l'action a pour objet la protection de l'enfant : les parents conjointement ou l'un d'eux seulement, la personne ou le service à qui l'enfant a été confié, le tuteur, le ministère public. Le juge peut se saisir lui-même. Enfin, l'enfant peut également saisir le juge. Cette solution est remarquable en ce qu'elle déroge aux principes qui gouvernent les incapacités : le mineur n'a pas normalement la capacité pour agir en justice lui-même.

La procédure d'assistance éducative est régie par les articles 1181 et suivants du nouveau Code de procédure civile, tels qu'ils sont issus du décret du 3 décembre 2002.

⁸⁶ C. civ, art. 375-1

⁸⁷ Cass. 1° civ, 14 mars 2006

L'article 1183 permet au juge d'ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité de l'enfant ainsi que ses conditions de vie avec ses parents : enquête sociale, examens médicaux, expertises psychiatriques et psychologiques, mesure d'investigation et d'orientation éducative.

De l'ensemble de ces mesures découlent un certain nombre d'informations, de documents qui constituent un dossier. L'accès au dossier par les intéressés, en particulier les parents, paraît indispensable pour que ceux-ci puissent présenter leurs arguments au juge. Depuis la réforme de la procédure en 2002, ce dossier peut être consulté au secrétariat greffe par l'avocat du mineur, celui des père et mère et celui de la personne qui a saisi le juge. L'avocat peut se faire délivrer des copies mais il ne peut les transmettre à son client⁸⁸. Surtout, les personnes elles-mêmes - y compris l'enfant en présence des parents ou de son avocat - peuvent consulter le dossier, sans pouvoir toutefois en obtenir des copies. Le juge peut décider, en l'absence d'avocat, de retirer certaines pièces du dossier lorsque la consultation ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers.

§ 3 - La décision du juge des enfants

Le juge des enfants n'est pas tenu d'ordonner une mesure d'assistance éducative. Il peut estimer que la situation de danger invoquée par le requérant n'est pas caractérisée ou au contraire que l'assistance éducative ne serait ni suffisante ni adaptée à la situation du mineur. Il faudra alors s'orienter vers une autre procédure.

Quand il prend une mesure d'assistance éducative, certains principes doivent guider la décision du juge. D'abord, « il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée »⁸⁹. Cette injonction n'est cependant pas assortie de sanctions, et l'adhésion des parents n'est pas une condition de validité de la décision. Ensuite, la loi du 2 janvier 2004 a ajouté au texte une précision peu utile : le juge doit toujours se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant. En outre, dans l'application des mesures, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille⁹⁰

Enfin, l'article 375-2 du Code civil affirme que « chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel », c'est-à-dire le plus souvent le milieu

⁸⁸ NCPC, art. 1187

⁸⁹ C. civ, art. 375-1, al. 1er

⁹⁰ NCPC, art. 1200

familial de l'enfant. La prescription correspond bien à l'idée que l'on ne cherche pas à imputer une faute au parent, ni à les sanctionner, mais au contraire à résoudre avec eux les problèmes de protection ou d'éducation de l'enfant. Par ailleurs, il faut éviter que l'enfant ne soit davantage perturbé par un bouleversement complet de sa vie. Deux sortes de mesures peuvent être prononcées : l'assistance éducative en milieu ouvert⁹¹ et le retrait du mineur de son milieu avec placement auprès d'un tiers.

L'Assistance éducative en milieu ouvert est le nom donné par la pratique à la mesure d'assistance éducative qui maintient le mineur dans son milieu actuel, le plus souvent son milieu familial. La mesure consiste alors en la désignation d'une personne spécialisée⁹² ayant pour mission d'apporter aide et conseil à la famille afin de surmonter ses difficultés morales et matérielles⁹³. La loi du 5 mars 2007 a cependant donné la possibilité au juge des enfants d'autoriser la personne désignée à assurer un hébergement exceptionnel ou périodique à l'enfant⁹⁴.

Le juge peut en outre subordonner le maintien du mineur dans son milieu à l'accomplissement de sa part de certaines obligations⁹⁵ : fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, exercer une activité professionnelle. La liste n'est pas limitative. En cas de non-respect de ses obligations, le mineur pourrait alors être retiré de son milieu et placé.

Les parents peuvent connaître des difficultés financières ou en tout cas de gestion de leur budget. La loi du 5 mars 2007 a donné la possibilité au président du conseil général du département, en charge de l'aide sociale à l'enfance, de décider d'une mesure d'accompagnement en économie sociale et familiale⁹⁶. Une personne sera ainsi désignée pour aider la famille dans la gestion de son budget. Il ne s'agit pas d'une mesure d'assistance éducative. Toutefois, le nouvel article 375-9-1 du Code civil permet au juge des enfants de prendre une mesure plus radicale. Lorsque les prestations familiales reçues par les parents⁹⁷ ne sont pas utilisées « pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants » et que la mesure d'accompagnement n'est pas suffisante, il peut ordonner qu'elles soient versées à une personne qualifiée,

⁹¹ AEMO

⁹² personne qualifiée, service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert

⁹³ art. 375-2

⁹⁴ art. 375-2, al. 3 nouv

⁹⁵ art. 375-2, al. 3

⁹⁶ CASF, art. L. 222-3

⁹⁷ comme les allocations familiales

appelée « délégué aux prestations familiales » qui reçoit ainsi la mission de déterminer leur utilisation. Cette mesure remplace la tutelle aux prestations familiales.

Le juge peut acquiescer la conviction que la situation de danger nécessite de retirer, ne serait-ce que provisoirement, l'enfant de son milieu ; s'il prend cette décision, il doit corrélativement placer le mineur. L'article 375-3⁹⁸ prévoit qu'il peut confier l'enfant :

- à l'autre parent, si les père et mère sont séparés, c'est-à-dire au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale ou chez lequel l'enfant n'a pas sa résidence ou encore chez lequel l'enfant est en résidence alternée ; le risque d'une telle mesure étant que l'enfant devienne l'enjeu d'un conflit entre les parents ;

- à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance, choisi dans l'entourage familial ;

- à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ; c'est alors l'ASE qui place l'enfant dans une institution qu'elle choisit ou chez une assistante maternelle⁹⁹ ;

- à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ;

- à un service ou un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.

La mesure d'assistance éducative est nécessairement provisoire. En effet, le juge est tenu d'en fixer la durée, sans que celle-ci puisse dépasser deux ans lorsque la mesure est exercée par un service ou une institution¹⁰⁰. La mesure peut toutefois être renouvelée par décision motivée¹⁰¹. En outre, depuis la loi de 2007, une mesure d'accueil peut être prononcée pour une durée plus longue « lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale ». Il faut remarquer ici l'emploi impropre de l'expression à la mode de responsabilité parentale à la place de celle d'autorité parentale ; elle est incorrecte parce qu'elle ne correspond pas au droit positif et parce qu'elle risque d'entraîner une confusion avec la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs.

⁹⁸ réd. L. 5 mars 2007

⁹⁹ Même si c'est plus rare, il peut s'agir d'un assistant maternel

¹⁰⁰ Ex. : Cass. 1° civ, 14 décembre 1999

¹⁰¹ art. 375, al. 3

Les parents ne sont pas privés de l'exercice de l'autorité parentale. L'article 375-7 précise en effet que les père et mère conservent sur l'enfant leur autorité parentale et « en exercent tous les attributs... ».

Une limite logique toutefois est prévue : ils ne peuvent exercer les pouvoirs qui sont inconciliables avec l'application de la mesure. Par exemple, si l'enfant est placé, les parents perdent évidemment le droit d'exiger de lui qu'il réside avec eux. De même, le tiers à qui l'enfant est confié accomplit seul les actes usuels¹⁰². Dans ce cas, ils conservent un « droit de correspondance et un droit de visite » et le juge en fixe les modalités, prérogatives qui peuvent être suspendues provisoirement si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Ce qu'il importe de comprendre, c'est que les parents conservent la maîtrise des décisions concernant la protection et l'éducation de l'enfant, comme le choix d'un traitement médical ou d'une intervention chirurgicale¹⁰³. Seule l'émancipation du mineur leur est interdite. Toutefois, la loi du 5 mars 2007 permet au juge des enfants d'autoriser le tiers à qui l'enfant est confié d'exercer un acte non-usuel qui relève de l'autorité parentale¹⁰⁴, en cas de refus abusif ou injustifié ou de négligence de la part des parents¹⁰⁵.

En contrepartie, les parents continuent d'assumer la charge des frais d'entretien et d'éducation¹⁰⁶.

La mesure peut être modifiée à tout moment ou être rapportée par le juge¹⁰⁷. Celui-ci peut se saisir d'office ou bien être saisi par les père et mère conjointement ou par l'un d'eux seulement, la personne ou le service à qui l'enfant a été confié, le tuteur, le mineur ou le ministère public. C'est en raison d'éléments nouveaux, de l'évolution de la situation des intéressés, que la mesure est modifiée.

Sous-section 2 - La délégation de l'autorité parentale

Le législateur a conçu l'autorité parentale comme un ensemble de droits et de devoirs indisponibles : les parents ne peuvent pas se dérober par leur seule volonté à leur mission parentale. L'article 376 du Code civil l'énonce clairement : « aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet... ». Il est à préciser que cette indisponibilité touche tant la titularité que l'exercice de l'autorité parentale. Il en

¹⁰² art. 373-4

¹⁰³ A moins que ces choix aient justement causé la mesure

¹⁰⁴ acte médical, autorisation d'exercer une activité

¹⁰⁵ art. 375-7, al. 2 nouv

¹⁰⁶ art. 375-8

¹⁰⁷ art. 375-6

résulte que toute convention qui aurait pour objet le transfert de l'autorité parentale à un tiers serait nulle.

Ce principe connaît néanmoins un certain nombre de tempéraments¹⁰⁸ que l'on peut justifier par différentes idées : celle d'une part qu'une mesure relative à l'autorité parentale sera d'autant mieux acceptée qu'elle a été consentie par les parents ; celle d'autre part qu'en la matière le pragmatisme vaut mieux que le dogmatisme et qu'il est des situations où il est préférable que l'autorité parentale puisse être confiée à des tiers, y compris par la volonté des parents, notamment à ceux qui ont la charge effective de l'enfant.

A la première idée correspond sans doute la règle de l'article 376-1 selon laquelle le juge peut, lorsqu'il statue en la matière, « avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet ». Ce n'est pas une obligation qui s'impose au juge et par ailleurs l'un des parents peut invoquer des motifs graves pour révoquer son consentement.

A la seconde idée, on peut rattacher les règles relatives à la délégation de l'autorité parentale. La loi du 4 mars 2002 a profondément réformé cette technique de contrôle de l'autorité parentale. On va voir les cas et les effets de la délégation.

§ 1 - Les cas de délégation

Les auteurs¹⁰⁹ étaient unanimes pour décrire le droit antérieur comme peu lisible et complexe. Trois cas de délégation étaient envisagés : la délégation volontaire fondée sur la volonté des parents, réservée aux mineurs de moins de seize ans remis à un tiers¹¹⁰ ; la délégation à la demande du délégataire fondée sur le désintérêt des parents à l'égard de l'enfant¹¹¹ ; la délégation à l'égard de l'enfant recueilli sans intervention des parents, fondée sur une déclaration du tiers recueillant et soumise à des conditions drastiques qui la rendaient peu praticable¹¹². La loi du 4 mars 2002 a simplifié les choses en maintenant seulement deux cas de délégation et en en allégeant les conditions.

La délégation volontaire a survécu et a été plus largement ouverte par la suppression des conditions exigées auparavant¹¹³ : il n'est plus nécessaire que le mineur ait moins de seize ans ; non plus qu'il ait été remis à un tiers. Désormais, les parents peuvent saisir le juge « en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité

¹⁰⁸ C. civ, art. 376, in fine

¹⁰⁹ A. Gouttenoire-Comut et P. Murat

¹¹⁰ anc. art. 377, al. 1 et 2

¹¹¹ anc. art. 377, al. 3 ; on parlait aussi d'abandon différé

¹¹² art. 377-1

¹¹³ C. civ, art. 377, al. 1er

parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance ». La suppression de la condition de remise permet par exemple la délégation au profit du beau-parent qui s'occupe de l'enfant, mais à qui celui-ci n'est pas « remis ».

La délégation volontaire n'est pas sans condition. Il faut d'abord la volonté des parents. Si les parents exercent ensemble l'autorité parentale, il faut leurs deux volontés. Par ailleurs, la délégation est prononcée « lorsque les circonstances l'exigent », étant entendu que c'est le juge qui apprécie ces circonstances.

La délégation peut également être prononcée à la demande du tiers, particulier, établissement ou service de l'ASE, qui a recueilli l'enfant¹¹⁴. Il semble qu'en réalité ce nouveau cas réunisse les deux anciens cas de délégation forcée. Les conditions en sont en effet suffisamment larges pour rendre possible la délégation, que l'enfant ait été recueilli par remise par les parents ou qu'il ait été recueilli sans leur intervention. Par ailleurs, la délégation est possible en cas de désintérêt manifeste des parents¹¹⁵ ou d'impossibilité de leur part d'exercer l'autorité parentale.

La délégation est toujours judiciaire. Il ne peut y avoir de transfert de l'autorité parentale en vertu d'une simple convention entre parents et tiers. Qu'elle soit volontaire ou forcée, la délégation est donc toujours prononcée par un jugement. Le juge compétent est le juge aux affaires familiales du lieu où demeure le mineur¹¹⁶. Si l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut avoir lieu qu'après avis du juge des enfants¹¹⁷.

Par ailleurs, il est prévu que, dans tous les cas, les deux parents doivent être appelés à l'instance¹¹⁸.

§ 2 - Les effets de la délégation

La délégation porte sur l'exercice de l'autorité parentale. En principe, la délégation consiste en un transfert au délégataire des prérogatives attachées à l'autorité parentale. Ce transfert peut être total ou partiel¹¹⁹, il peut porter sur l'ensemble des droits parentaux ou sur une partie seulement. Il est cependant précisé que « le droit de consentir à l'adoption n'est jamais délégué ». Cette restriction s'explique par l'idée que l'adoption

¹¹⁴ art. 377, al. 2

¹¹⁵ le délai d'un an exigé auparavant a disparu

¹¹⁶ NCPC, art. 1202, al. 2

¹¹⁷ C. civ, art. 377, al. 3

¹¹⁸ art. 377, al. 3

¹¹⁹ art. 377-1

modifie la filiation de l'enfant ; il est a priori normal que seuls les parents puissent exercer ce droit. C'est d'ailleurs l'un des droits qui subsistent au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale. Corrélativement, les parents perdent les prérogatives qui sont transférées au délégataire.

Ils restent cependant titulaires de l'autorité parentale.

Le fonctionnement traditionnel de la délégation peut sembler trop rigide. Il existe en effet des hypothèses où il paraît préférable d'associer les parents à l'exercice de l'autorité parentale, plutôt que de les remplacer. C'est pourquoi la loi du 4 mars 2002 a introduit ce qu'il est convenu d'appeler la délégation-partage¹²⁰. Il est ainsi possible d'envisager la délégation-partage lorsque l'enfant est confié à un tiers, y compris dans le cadre d'une mesure éducative, ou encore lorsqu'il vit dans une famille recomposée, ce qui permet de pallier l'absence de statut du beau-parent. Elle est également parfois sollicitée au sein d'un couple homosexuel, avec plus ou moins de succès.

La délégation-partage est cependant soumise à des conditions. Outre celles qui sont exigées pour toute délégation, est d'abord exigé l'accord du ou des parents qui exercent l'autorité parentale — même si l'on se trouve dans le cas d'une délégation forcée. Par ailleurs, la délégation-partage est prononcée si elle correspond aux besoins d'éducation de l'enfant. Si ces besoins n'apparaissent pas, c'est une délégation transfert qui est prononcée. Le partage peut porter sur tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale.

Quant au fonctionnement de l'exercice de l'autorité parentale en cas de partage, il est d'abord prévu que la présomption de pouvoir concernant les actes usuels¹²¹ est applicable aux actes accomplis aussi bien par le ou les délégants que par le délégataire¹²². Ensuite, en cas de difficulté, le juge peut être saisi par les parents ou l'un d'eux, le délégataire ou le ministère public¹²³. Il statue alors conformément à l'article 373-2-11 du Code civil.

¹²⁰ art. 377-1, al. 2

¹²¹ C. civ, art. 372-1

¹²² art. 377-1, al. 2, *in fine*

¹²³ art. 377-1, al. 3

La délégation n'est pas une mesure forcément définitive. Elle peut prendre fin, ou être transférée sur une autre personne, par jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles¹²⁴.

Sous-section 3 - Le retrait de l'autorité parentale

Le retrait de l'autorité parentale trouve son origine dans la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités et abandonnés qui avait institué une déchéance de l'autorité parentale dans certains cas de fautes graves commises par les parents. Conçue à l'origine comme une sanction à l'égard des parents, la jurisprudence avait mis l'accent sur la protection de l'enfant. La loi du 4 juin 1970 a introduit la déchéance dans le Code civil¹²⁵ en tenant compte de cette évolution.

La loi du 5 juillet 1996 a confirmé l'aspect protection en remplaçant la notion de déchéance par celle de retrait. Toutefois, si la protection de l'enfant constitue indéniablement le critère de mise en œuvre de la mesure, celle-ci n'en reste pas moins conditionnée par la commission d'une faute - pénale ou civile - des parents à l'égard de l'enfant.

Le retrait peut tout d'abord être prononcé à l'encontre des parents dès lors qu'ils sont titulaires de l'autorité parentale, quand bien même ils n'en auraient pas l'exercice¹²⁶.

Le retrait peut être étendu aux ascendants autres que les père et mère pour leur part d'autorité parentale¹²⁷. La formulation est maladroite -et même fausse - car les grands-parents ne sont pas titulaires de l'autorité parentale. Ils n'en détiennent pas moins certaines prérogatives comme un droit de visite ou d'hébergement. Le retrait consiste alors à les en priver.

§ 1 - Les cas de retrait

Il en existe deux.

I - Le retrait prononcé par une juridiction pénale

Une juridiction pénale peut être amenée à prononcer une mesure de retrait lorsque les parents ont commis une infraction en relation avec leur enfant. L'article 378, alinéa 1er du Code civil prévoit en effet que le retrait peut être prononcé lorsque les père et mère sont condamnés en tant qu'auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de l'enfant. La solution se comprend : l'enfant est en danger en

¹²⁴ art. 377-2

¹²⁵ art. 378 s.

¹²⁶ Cass. crim., 21 octobre 1992

¹²⁷ art. 378, al. 2

tant que victime¹²⁸. Mais le texte prévoit également l'hypothèse où les parents sont condamnés pour avoir participé, comme coauteurs ou complices, à un crime ou un délit commis cette fois par le mineur. On comprend que, dans ce cas, les parents n'assurent pas leur mission d'autorité parentale convenablement ; ils y manquent même gravement. La loi du 4 mars 2002 a supprimé le cas où l'un des parents aurait été condamné pour abandon de famille¹²⁹.

Le retrait n'est pas automatique, il doit répondre à l'intérêt de l'enfant. On signale d'ailleurs que devant la Cour d'assises, ce n'est pas le jury qui décide de la mesure mais la cour elle-même¹³⁰.

II - Le retrait prononcé par une juridiction civile

En dehors de toute procédure pénale, l'article 378-1 permet de saisir le juge pour lui demander de prononcer un retrait de l'autorité parentale. Dans ce cas, le retrait est l'objet de l'action, alors que dans le cas précédent, il n'était qu'une mesure accessoire. La juridiction compétente est le tribunal de grande instance du lieu où demeure l'ascendant du mineur contre lequel l'action est portée¹³¹.

L'action appartient au ministère public, à un membre de la famille ou au tuteur de l'enfant.

Deux situations peuvent justifier le retrait, une situation de danger et une situation d'abandon.

L'article 378-1, alinéa 1er du Code civil prévoit d'abord que le retrait peut être prononcé lorsque « les père et mère, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiant, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soin ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant ».

Le retrait peut aussi être prononcé lorsque, à la suite d'une mesure d'assistance éducative, les père et mère se sont volontairement abstenus pendant plus de deux ans d'exercer les droits et d'accomplir les devoirs qui leur restaient (al. 2).

¹²⁸ cas d'infractions sexuelles ou de mauvais traitements sur l'enfant

¹²⁹ voir anc. art. 373

¹³⁰ Signe que le retrait n'est pas une sanction. Cass. crim., 4 janvier 1985

¹³¹ NCPC, art. 1202

§ 2 - Les effets du retrait

Il nous faut envisager trois points concernant les conséquences du retrait.

I - La portée du retrait

En principe, le retrait est total¹³², c'est-à-dire qu'il porte de plein droit sur tous les attributs de l'autorité parentale, tant patrimoniaux que personnels. Il faut comprendre l'ampleur et la gravité de la mesure : le parent faisant l'objet d'un retrait ne perd pas seulement l'exercice de l'autorité parentale, comme par exemple dans le cas de la délégation forcée, il en perd également la titularité. Non seulement, l'enfant ne peut plus résider avec lui, non seulement le parent ne peut plus participer à aucune décision concernant l'enfant, mais il n'a plus le droit d'être informé des choix opérés par la personne à qui l'enfant est confié, il n'a plus le droit de surveillance, il perd tout droit de visite et d'hébergement, il perd le droit de consentir au mariage, à l'adoption ou à l'émancipation du mineur. Le retrait porte sur tous les enfants du parent.

L'article 379, al. 2 précise également que l'enfant n'est plus tenu à l'obligation alimentaire à l'égard de son parent, sauf disposition contraire du jugement. Mais rien n'est indiqué relativement à l'obligation alimentaire du parent à l'égard de son enfant : les auteurs estiment qu'elle subsiste. Quant à l'obligation de contribution à l'entretien de l'enfant, la loi du 4 mars 2002 l'a liée à l'autorité parentale ; elle devrait donc disparaître. Mais ce lien est justement contesté en doctrine.

Le tribunal peut décider de ne prononcer qu'un retrait partiel de l'autorité parentale¹³³. Aucune condition particulière n'est exigée, ce qui signifie que cette solution est laissée à la libre appréciation du tribunal - en fonction toujours de l'intérêt de l'enfant.

Le retrait porte alors seulement sur certains attributs de l'autorité parentale, les principaux a priori, comme la garde matérielle de l'enfant, le pouvoir de prendre les décisions ou certaines décisions le concernant, avec le maintien du droit de surveillance et du droit de visite. Il faut cependant reconnaître que la mesure risque d'en perdre toute sa spécificité : la différence avec une mesure d'assistance éducative ou de délégation forcée risque d'apparaître assez floue.

En outre, le retrait peut ne porter que sur certains enfants. Dans ce cas, toutes les combinaisons sont envisageables : retrait total pour les uns et partiel pour les autres, ou bien encore retrait total ou partiel pour les uns et pas de retrait pour les autres.

¹³² C. civ, art. 379

¹³³ art. 379-1

II - Le sort de l'enfant

Si le retrait n'est prononcé qu'à l'égard d'un seul des parents, l'enfant est en principe confié à l'autre, à moins que le juge ne décide de le confier à un tiers ou à un service de l'ASE¹³⁴.

L'article 380, alinéa 1er prévoit que si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, le tribunal pourra confier l'enfant à un tiers. Il faut supposer que la solution est la même si le retrait est prononcé à l'encontre des deux parents. Cette situation est envisagée comme provisoire par le texte ; le tiers a en effet la charge de requérir l'ouverture d'une tutelle.

En attendant, le tiers ne se trouve pas délégataire de l'autorité parentale, il ne peut sans doute accomplir que les actes usuels, comme c'est le cas lorsque c'est le juge aux affaires familiales qui prend une telle décision¹³⁵. La différence tient à ce qu'en cas de retrait total, les parents n'exercent plus l'autorité parentale, les décisions concernant l'enfant ne peuvent plus être prises. On se trouve donc dans une situation de *statu quo*.

Dans les mêmes hypothèses, le tribunal a le choix de confier l'enfant à un service de l'Aide sociale à l'enfance. Cette décision se révèle beaucoup plus grave encore car elle risque de s'avérer définitive. En effet, l'enfant dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total et qui se trouve confié à l'ASE est admis en qualité de pupille de l'Etat et devient donc adoptable¹³⁶. Or, dans ce cas, l'enfant ne peut pas être restitué aux parents, même s'il n'a pas été placé en vue de l'adoption¹³⁷, sauf dans les conditions de l'article 381 du Code civil. Les décisions concernant l'enfant sont prises par le conseil de famille des tutelles de l'Etat.

En revanche, si le retrait n'est que partiel, l'enfant n'est pas admis en qualité de pupille de l'Etat¹³⁸. Les attributs de l'autorité parentale sont partagés entre l'ASE et les parents, selon l'étendue du retrait.

III - La durée du retrait

Le retrait n'a pas de durée déterminée par la loi, et le juge n'est pas tenu d'en fixer une. Il n'a pas non plus un caractère définitif. En effet, l'article 381 du Code civil permet

¹³⁴ C. civ, art. 380, al. 2

¹³⁵ art. 373-4

¹³⁶ CASF, art. L. 224-4-5°

¹³⁷ art. L. 224-5

¹³⁸ CASF, art. L. 224-4-5°

aux père et mère qui ont fait l'objet d'un retrait de demander la restitution de leurs droits parentaux. Celle-ci n'est pas automatique. D'abord, elle ne peut intervenir avant le délai d'un an depuis que la décision de retrait est devenue irrévocable¹³⁹. Ensuite, les requérants doivent justifier de circonstances nouvelles, c'est à dire que la situation de danger a cessé pour l'enfant ou qu'ils sont en mesure de prendre soin de lui.

En outre, en fonction de l'intérêt de l'enfant, la restitution peut n'être que partielle, les parents retrouvant toutefois leur droit de consentir à l'adoption ou à l'émancipation, ainsi que la possibilité de demander un droit de visite. La restitution, enfin, peut être accompagnée de mesures d'assistance éducative, permettant ainsi un retour progressif à une situation normale.

¹³⁹ art. 381, al. 2

CHAPITRE II

LA PROTECTION DU PATRIMOINE DES INCAPABLES MINEURS

Jusqu'à 18 ans, le mineur non émancipé est frappé d'une incapacité générale d'exercice. Il est représenté dans tous les actes de la vie civile, hormis ceux que la loi ou l'usage lui permet de passer seul. Deux institutions assurent la protection des biens du mineur non émancipé : l'administration légale et la tutelle proprement dite.

Section 1 - L'administration légale

L'administration légale est l'institution qui confère aux parents titulaires de l'autorité parentale, la gestion des biens du mineur. Selon la situation familiale du mineur, l'administration légale est pure et simple ou sous contrôle judiciaire.

Sous-section 1 - L'administration légale pure et simple

L'administration légale peut se dérouler normalement, mais elle peut aussi connaître, des difficultés.

§ 1 – Situation normale

Voyons son déroulement

I - Ouverture et fin de l'administration légale pure et simple

L'administration légale est nécessaire si le mineur possède un patrimoine. Le rôle de l'administrateur est de gérer le patrimoine du mineur en bon père de famille. Si le mineur ne possède aucun bien personnel susceptible d'être administré, l'administration légale perd sa raison d'être.

La forme de l'administration légale dépend de la situation familiale du mineur. L'administration légale est pure et simple lorsque l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Les deux parents sont administrateurs légaux.

L'administration légale pure et simple prend fin de manière automatique lorsque le mineur atteint l'âge de la majorité, lorsqu'il est émancipé ou décède. Elle peut également cesser et être remplacée par une autre protection. Lorsque des changements interviennent dans la vie familiale du mineur, l'administration légale pure et simple peut se transformer en administration légale sous contrôle judiciaire ou en tutelle.

II - Obligations et pouvoirs de l'administrateur légal

En principe, l'administration légale est exercée par les titulaires de l'autorité parentale. L'administration légale est un régime de représentation et non d'assistance. L'administrateur légal passe donc les contrats au nom de l'incapable. Il agit au nom et pour le compte du mineur. Toutefois, certaines formalités spéciales sont nécessaires lorsque l'acte est particulièrement important. Les obligations et pouvoirs de l'administrateur légal seront différents selon que l'acte à passer est un acte conservatoire, un acte d'administration ou un acte de disposition.

Pour les actes d'administration, le principe est la liberté. Il ressort de plusieurs dispositions du Code civil que l'administrateur légal a le droit de faire seul les actes d'administration. L'administrateur peut donc conclure librement, c'est-à-dire sans autorisation particulière, les actes de gestion normale et courante du patrimoine du mineur. Est considéré comme un acte d'administration le fait d'ester en justice, c'est-à-dire d'agir en justice, lorsque l'action concerne les droits patrimoniaux du mineur. De même, un administrateur légal peut seul aliéner les meubles d'usage courant. Les baux sont tantôt des actes d'administration, tantôt des actes de disposition selon la durée pour laquelle ils sont consentis. Ainsi, un bail n'excédant pas 9 ans est un acte d'administration que l'administrateur peut accomplir seul. Les parents, administrateurs légaux de leur enfant, pourront eux-mêmes et sans formalité particulière donner en location un immeuble appartenant au mineur si le bail n'excède pas 9 ans.

Les règles relatives aux actes de disposition sont différentes. Le Code civil distingue en effet les actes de disposition ordinaires des actes de disposition graves.

Le Code civil ne donne pas de définition générale de l'acte de disposition ordinaire mais indique des exemples. La notion d'acte de disposition est complétée par la jurisprudence. Ainsi, sont considérés comme des actes de disposition ordinaires une cession de valeurs mobilières dont le montant n'excède pas 15 245 euros, un achat à tempérament, le placement de capitaux appartenant au mineur ou le bail supérieur à 9 ans. Dans ce cas, le Code civil a prévu un système que l'on pourrait qualifier de cogestion. Les actes de disposition ordinaires ne peuvent pas être passés par un seul parent ; il faut l'accord, le consentement des deux parents. Au cas où les deux parents ne parviendraient pas à se mettre d'accord, l'acte pourra être passé par un seul parent avec l'autorisation du juge des tutelles. Le juge des tutelles est un juge attaché au tribunal d'instance qui a une mission générale de surveillance sur l'administration légale. Le juge des tutelles est saisi

par simple requête ou par déclaration écrite ou verbale au greffe. Les décisions du juge des tutelles sont susceptibles de recours devant le tribunal de grande instance.

Les actes de disposition graves ne peuvent pas être accomplis par les père et mère, même d'un commun accord ; une autorisation préalable du juge des tutelles est indispensable. Cette autorisation est obligatoire sous peine de nullité. Les actes qui appartiennent à la catégorie des actes de disposition graves sont énumérés par l'article 389-5 alinéa 3 du Code civil¹⁴⁰.

On peut ranger dans les pouvoirs de l'administrateur légal le droit de jouissance légale. Prévu aux articles 382 à 387 du Code civil, le droit de jouissance légale permet aux parents de s'attribuer les revenus de leurs enfants. Selon l'article 383 alinéa 2, le droit de jouissance légale est attaché à l'administration légale. En fait, la jouissance légale peut s'analyser comme un usufruit portant sur l'ensemble du patrimoine de l'enfant.

Certains biens échappent au droit de jouissance légale des parents : ceux que l'enfant acquiert par son travail mais aussi ceux qu'il reçoit par donation ou par legs « sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas ». Le droit de jouissance légale cesse lorsque le mineur atteint l'âge de 16 ans ou lorsque l'autorité parentale prend fin.

A côté de l'administrateur titulaire de l'autorité parentale, un administrateur *ad hoc* peut être désigné. Le juge des tutelles nomme un administrateur *ad hoc* lorsqu'il existe une opposition d'intérêt, un désaccord profond entre le mineur et l'administrateur légal.

§ 2 - Situation pathologique : les sanctions

Il arrive que le mineur passe seul certains actes alors que seul son représentant légal pouvait les conclure. Quelle est la valeur de ces actes ?

L'article 1124 du Code civil énonce le principe d'incapacité du mineur: l'administrateur légal ou le tuteur peuvent seuls agir au nom et pour le compte du mineur non émancipé. Le mineur non émancipé est représenté par l'administrateur légal. Avant d'étudier les conséquences d'un acte irrégulièrement passé par le mineur, il faut envisager les actes que le mineur peut faire seul.

¹⁴⁰ par exemple, la vente d'un immeuble appartenant au mineur ou la vente d'un fonds de commerce.

I - Les actes pouvant être conclu par le mineur seul

Le principe est l'incapacité générale du mineur. Il existe toutefois des exceptions : lorsque la loi ou l'usage autorise le mineur à agir seul.

Certaines dispositions législatives confèrent au mineur le droit de contracter seul¹⁴¹.

La notion « d'acte autorisé par l'usage » est difficile à définir. Il revient à la jurisprudence de l'apprécier, au cas par cas, en considération du contexte et de l'âge du mineur. Il est généralement admis que le mineur peut faire seul les actes conservatoires et les achats portant sur une somme modique. Dans la classification des actes, les actes conservatoires sont les moins dangereux pour le mineur : ils n'engagent ni son capital, ni son avenir. Les actes conservatoires sont des actes de la vie courante. Ces actes engagent le mineur seul et non ses parents. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt de la première chambre civile du 21 juin 1977 : « les parents ne sont pas tenus des obligations nées des contrats passés par leurs enfants mineurs, que ce soit, ou non, dans le cadre de la vie courante ».

A l'instar des actes conservatoires que le mineur non émancipé peut passer seul, les actes dits personnels dérogent également au principe général d'incapacité du mineur. Ces actes ne nécessitent en principe pas d'autorisation préalable¹⁴².

II - Les actes irrégulièrement passés par le mineur

L'étude des actes irrégulièrement passés par le mineur renvoie aux dispositions relatives aux nullités. Appliquées aux incapacités, les nullités sont aménagées dans le souci de protéger les intérêts du mineur incapable.

Lorsque le mineur fait seul un acte d'administration, l'acte n'est pas nul de plein droit. Le mineur pourra le faire annuler s'il présente un caractère lésionnaire. Par exemple, si un mineur consent un bail de trois ans pour un de ses immeubles, cet acte ne pourra être annulé que s'il en résulte une lésion pour le mineur¹⁴³.

En ce qui concerne les actes de disposition, la règle est beaucoup plus stricte. Lorsque le mineur passe seul un acte que l'administrateur légal n'aurait pas pu faire sans formalité particulière, c'est-à-dire si le mineur passe seul un acte de disposition grave, l'acte est nul. Si un mineur vend seul un immeuble lui appartenant, cette vente sera nulle.

¹⁴¹ Il en est ainsi, par exemple, pour l'ouverture d'un livret A à la Caisse d'Épargne ou d'un Livret jeune.

¹⁴² par exemple, l'acte de reconnaissance d'un enfant

¹⁴³ cet acte sera annulé si le loyer est trop faible

Cette nullité est relative, c'est-à-dire seulement invocable par les parties au contrat.

L'action en nullité relative se prescrit dans un délai de cinq ans. Le caractère lésionnaire de l'acte ne joue aucun rôle, l'acte est nul en la forme : la vente de l'immeuble pourra être annulée à la demande du cocontractant, même si le mineur l'a vendu un bon prix.

Enfin, dans le but de protéger le mineur, le système des restitutions est particulier. Lorsqu'un contrat a été annulé pour d'autres causes que l'incapacité, les parties doivent en principe restituer leurs prestations : on considère alors que le contrat n'a jamais existé. Si un contrat de vente est annulé, l'acheteur doit restituer l'objet au vendeur qui doit, en contrepartie, restituer le prix à l'acheteur. Lorsque la nullité est prononcée pour cause d'incapacité, l'article 1312 du Code civil fixe une règle différente. Le mineur ne doit restituer que ce qu'il a conservé, il ne doit restituer que ce qui a constitué un enrichissement pour lui. Le mineur ne sera pas obligé de restituer les sommes qu'il a dilapidées.

Sous-section 2 - L'administration légale sous contrôle judiciaire

L'administration légale sous contrôle judiciaire est très proche de l'administration légale pure et simple que nous venons d'étudier. La situation familiale du mineur détermine les modalités de l'administration légale.

§ 1 – L'ouverture de l'administration légale sous contrôle judiciaire

L'administration légale sous contrôle judiciaire intervient lorsque l'autorité parentale est exercée unilatéralement par l'un des parents.

L'administration légale sous contrôle judiciaire, système de représentation particulièrement protecteur des intérêts du mineur, intervient lorsque le noyau familial autour du mineur est amoindri ou incomplet.

§ 2 - Le fonctionnement de l'administration légale sous contrôle judiciaire

Les obligations et pouvoirs de l'administrateur sous contrôle judiciaire diffèrent de ceux de l'administrateur légal pur et simple. Comme son nom l'indique, la particularité de l'administration légale sous contrôle judiciaire est l'intervention du juge des tutelles qui intervient de façon plus énergique :

- en ce qui concerne les actes d'administration et les actes conservatoires, les règles sont les mêmes que pour l'administration légale pure et simple ;

- en revanche, en ce qui concerne les actes de disposition, le régime est différent.

Lorsque le mineur se trouve représenté par un administrateur légal sous contrôle judiciaire, la distinction entre les actes de disposition ordinaires et graves n'a plus lieu d'être. Il résulte de l'article 389-6 alinéa 1 du Code civil que tous les actes de disposition, quelle que soit leur gravité, sont soumis à l'autorisation du juge des tutelles. Cette autorisation préalable dont l'administrateur légal doit se munir s'explique par le fait que, dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, on ne peut pas compter sur un système de cogestion.

Section 2 - La tutelle

La tutelle s'ouvre dans les cas suivants :

- un enfant peut être placé sous le régime de la tutelle lorsqu'aucun de ses père et mère ne peut le représenter ; c'est le cas lorsqu'ils sont l'un et l'autre décédés ou lorsqu'ils ont perdu l'exercice de l'autorité parentale ; 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 » ;

- sont également placés sous le régime de la tutelle les enfants qui n'ont ni de filiation paternelle ni de filiation maternelle ;

- un enfant dont les père et mère sont divorcés ou séparés et dont l'autorité parentale a été confiée à l'un des parents peut également être mis sous tutelle lorsque le parent auquel l'autorité parentale était confiée est décédé ou a perdu l'exercice de cette autorité ;

- enfin, il résulte de l'article 391 alinéa 2 du Code civil qu'une tutelle peut être ouverte pour cause grave en cas d'administration légale pure et simple.

Sous-section 1 - Situation normale

Voyons son organisation et son fonctionnement.

§ 1 - L'organisation de la tutelle

L'organisation de la tutelle est beaucoup plus complexe que celle de l'administration légale. Elle comprend plusieurs organes, certains étatiques, d'autres familiaux ; certains sont individuels, d'autres ont une nature collégiale.

I - Le tuteur

Le tuteur est la personne la plus importante de la tutelle : comme l'administrateur légal, il représente le mineur. Il assure, sous le contrôle du juge des tutelles et du conseil de famille, le gouvernement de la personne du mineur et l'administration de ses biens.

Le tuteur peut être désigné de trois façons différentes.

Le tuteur testamentaire est désigné par testament ou par une déclaration devant un notaire par le dernier mourant des père et mère ; ce mode de désignation du tuteur est prévu aux articles 397 et 398 du Code civil.

Le tuteur légal est désigné par la loi à défaut de disposition testamentaire. Celle-ci défère alors la tutelle à l'ascendant le plus proche. Aux termes de l'article 402 du Code civil, « Lorsqu'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier mourant des père et mère, la tutelle de l'enfant est déferée à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché ». La Cour de cassation veille au respect de la vocation des ascendants et notamment des grands-parents à la tutelle¹⁴⁴.

Le tuteur datif est choisi par le conseil de famille. Le tuteur datif n'est pas nécessairement un membre de la famille du mineur.

Enfin, si la tutelle est vacante, c'est-à-dire si personne n'accepte d'assumer la fonction de tuteur, le juge des tutelles peut la déferer au Service de l'aide sociale à l'enfance.

La tutelle est une charge obligatoire pour les parents et alliés des père et mère du mineur ; en revanche, ceux qui ne sont ni parents ni alliés¹⁴⁵ des père et mère ne sont pas tenus d'accepter la charge. Toutefois, des excuses peuvent dispenser ceux pour lesquels la tutelle est une obligation.

Les causes de dispense sont énumérées à l'article 428 du Code civil : l'âge, la maladie ou l'éloignement des occupations professionnelles ou familiales peuvent représenter une cause de dispense. De même, si un allié des père et mère est déjà tuteur d'un autre mineur, il n'est pas tenu d'accepter une nouvelle tutelle. On dit aussi que la

¹⁴⁴ Deux époux étaient décédés accidentellement, laissant une petite fille de trois ans ; la nourrice de l'enfant avait été désignée en qualité de tutrice au motif qu'elle présentait les meilleures garanties pour que l'enfant puisse retrouver « un équilibre à l'abri des rivalités des adultes ». Les grands-parents maternels de l'enfant ont contesté cette décision. Par un arrêt de la première chambre civile en date du 6 juillet 1999, la Cour de cassation a indiqué que, « tenant sa vocation de la loi, l'ascendant (le grand-parent) ne peut être dépossédé de sa mission (tutelle) que pour les causes d'incapacité, d'exclusion, de destitution et de récusation prévues par les articles 441 et suivants du Code civil ». La Cour de cassation précise que la nourrice n'avait aucune vocation à recevoir la charge de la tutelle mais pouvait seulement se voir confier l'éducation de l'enfant. Cette décision s'inscrit dans le courant qui vise à renforcer le lien entre les grands-parents et les petits-enfants.

¹⁴⁵ le lien d'alliance est le lien juridique qui existe entre un époux et les parents de son conjoint

tutelle est perpétuelle, ce qui signifie qu'elle dure toute la période de minorité de l'enfant ; celui qui a été désigné tuteur le reste jusqu'à la majorité de l'enfant. Le tuteur peut toutefois être destitué ou récusé mais dans des cas très exceptionnels.

La tutelle est une charge personnelle et, en principe, unique¹⁴⁶. Le principe de l'unicité de la tutelle n'est pas absolu ; il n'est pas rare de rencontrer plusieurs tuteurs pour un même mineur. Ainsi, deux tuteurs peuvent coexister : un tuteur à la personne et un tuteur aux biens. Cette solution est judicieuse, administrer les biens d'un mineur ne requérant pas les mêmes qualités que diriger la personne.

Enfin, la tutelle est, en principe, une charge gratuite. Cependant, à titre d'exception, le conseil de famille peut allouer une indemnité au tuteur. Si le mineur possède un patrimoine très important, nécessitant pour le tuteur un travail conséquent, le conseil de famille peut lui verser une indemnité ou même l'autoriser à se faire aider par des administrateurs salariés.

II - Les organes de haute tutelle

Les organes ainsi nommés sont les organes chargés du contrôle de la tutelle. La tutelle étant un régime de représentation plus lourd que l'administration légale, le législateur l'a soumise à un contrôle plus complexe et plus important. On distingue des organes de haute tutelle familiale et des organes de contrôle judiciaire.

A - Les organes de haute tutelle familiale

Ils sont au nombre de deux.

1 - Le conseil de famille

Le conseil de famille est l'organe central de la tutelle. Il est à la fois organe de direction et organe de contrôle de la tutelle. Le conseil de famille est une assemblée de parents et d'amis ou voisins des père et mère du mineur, présidée par le juge des tutelles. Les membres du conseil de famille peuvent aller de quatre à six ; ils sont nommés par le juge des tutelles. Les articles 408 et 409 du Code civil laissent une grande liberté au juge des tutelles dans le choix des membres du conseil de famille : il peut les choisir parmi les parents ou alliés des père et mère, parmi « des amis, des voisins ou toutes autres personnes qui lui semblent pouvoir s'intéresser à l'enfant ».

¹⁴⁶ il n'y a qu'un seul tuteur par mineur

Le conseil de famille a des attributions importantes : il désigne le tuteur en cas de tutelle dative, et le subrogé tuteur. Le conseil de famille statue également sur les causes d'excuse, de destitution ou de récusation du tuteur et du subrogé tuteur. Il autorise les actes les plus graves concernant la personne ou les biens du mineur. Ainsi, le conseil de famille doit autoriser le tuteur à emprunter pour le pupille ou à aliéner un de ses immeubles. Enfin, le conseil de famille règle le budget de la tutelle.

Les décisions du conseil de famille doivent être motivées et sont exécutoires par elles-mêmes. Deux recours sont possibles contre ses décisions. Elles peuvent tout d'abord être attaquées par une action en nullité. L'action en nullité permet d'attaquer une délibération du conseil de famille qui aurait, par exemple, été prise en fraude ou n'aurait pas respecté les formalités requises. Un recours devant le tribunal de grande instance permet également d'attaquer l'opportunité de la décision du conseil de famille. Ce recours est ouvert au tuteur, au subrogé tuteur, aux membres du conseil et même au juge des tutelles. Le délai pour agir est de 15 jours, ce délai suspendant l'exécution de la délibération du conseil.

2 - Le subrogé tuteur

Le subrogé tuteur est désigné par le conseil de famille parmi ses membres ; à ce titre, on dit qu'il est toujours datif. Le rôle du subrogé tuteur est double : d'une part, il est l'organe de contrôle permanent de la tutelle, d'autre part il est également appelé à remplacer le tuteur dans certains cas, notamment chaque fois qu'il y a une opposition d'intérêt entre le mineur et son tuteur.

B - Les organes de nature judiciaire

Ils sont encore au nombre de deux.

1 - Le juge des tutelles

Le juge des tutelles assure une mission générale de surveillance de la tutelle. Il dépend du tribunal d'instance. Sa mission se décompose de la manière suivante :

- il assure en premier lieu une mission que l'on peut qualifier de juridictionnelle, il rend des jugements ; il en est ainsi des autorisations qu'il donne pour passer certains actes ;

- le juge des tutelles a également une mission administrative ; c'est sa mission de surveillance proprement dite ; il doit surveiller le tuteur dans l'exercice de ses fonctions ;
- enfin, le juge des tutelles convoque et préside les réunions du conseil de famille ; son rôle est important car, en cas de partage, sa voix est décisive.

2 - Le tribunal de grande instance

Le tribunal de grande instance statue sur les recours dirigés contre les délibérations du conseil de famille ou contre les décisions du juge des tutelles. En ce qui concerne la tutelle, le tribunal de grande instance est une juridiction du second degré. Les recours contre les décisions du juge des tutelles ne sont pas portés devant la cour d'appel mais devant le tribunal de grande instance.

§ 2 - Le fonctionnement de la tutelle

La tutelle est un mode de représentation du mineur beaucoup plus complet que l'administration légale. Le rôle du tuteur ne se limite donc pas à la simple administration des biens du pupille. Il a la garde du pupille et le devoir de pourvoir à son éducation. Toutefois, le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Le tuteur dispose d'un pouvoir général de représentation mais ce pouvoir est très encadré et connaît des limites.

I - Les obligations du tuteur

Le tuteur doit s'abstenir de s'immiscer dans la gestion des biens de l'enfant aussi longtemps que le subrogé tuteur n'a pas été désigné par le conseil de famille. Le subrogé tuteur est l'organe de contrôle permanent de la tutelle ; le tuteur ne peut donc pas commencer à agir tant que les organes de contrôle ne sont pas mis en place.

Une fois le subrogé tuteur désigné, la première obligation du tuteur est de procéder à l'inventaire des biens du mineur dans les dix jours qui suivent sa nomination. Le tuteur doit également déclarer les créances qui existent contre le mineur.

Le tuteur doit ensuite, aussi longtemps que dure la tutelle, administrer les biens du mineur en bon père de famille. Cette formule générale et vague signifie que le tuteur doit administrer les biens du mineur comme s'il s'agissait des siens : il doit tout faire pour conserver ces biens, les mettre en valeur ou les faire fructifier. Il est responsable de toutes les erreurs qu'il commet dans la gestion des biens de l'enfant.

Enfin, le tuteur doit remettre un compte annuel de gestion au subrogé tuteur, lequel le transmet au juge des tutelles.

II - Les pouvoirs du tuteur

Avant d'étudier les pouvoirs véritables du tuteur, il convient de déterminer les actes que celui-ci ne peut pas passer : dans la gestion du patrimoine de l'enfant, le tuteur ne pourra accomplir ni actes de commerce, ni libéralités. Le tuteur ne peut donc pas faire de donation portant sur les biens du pupille. De plus, tous les actes qui supposent une contradiction entre les intérêts du mineur et ceux du tuteur sont interdits.

A - Les actes subordonnés à certaines formalités

Les actes subordonnés à ces formalités sont ceux que le tuteur ne peut pas passer seul ; en raison de leur gravité, ils requièrent une autorisation ou des formalités particulières.

Certains actes sont subordonnés à une autorisation du juge des tutelles. Dans cette catégorie, on range les actes de disposition urgents et peu importants, c'est-à-dire les actes de disposition qui portent sur des biens d'une valeur inférieure à 15 245 €. La vente de meubles ou de valeurs mobilières n'excédant pas 15 245 € peut être passée par le tuteur avec la simple autorisation du juge des tutelles ; le tuteur n'a donc pas besoin de se munir de l'autorisation du conseil de famille pour passer de tels actes.

En revanche, d'autres actes sont subordonnés à une autorisation du conseil de famille : ce sont tous les actes de disposition en général. Le tuteur ne peut donc pas faire seul ces actes sans y avoir été autorisé par une délibération du conseil de famille. Font partie de cette catégorie des actes aussi variés que l'acceptation pure et simple ou la renonciation à une succession, les baux de plus de neuf ans, les emprunts ou les hypothèques.

Enfin, une dernière catégorie d'actes ne peut être passée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille et sous réserve de l'accomplissement de formalités particulières : ce sont les actes de disposition graves, par exemple la vente d'un immeuble ou d'un fonds de commerce. L'article 459 du Code civil précise que « la vente des immeubles et des fonds de commerce appartenant à un mineur se fera publiquement aux enchères, en présence du subrogé tuteur ».

De même, le Code civil énonce que le partage amiable d'une succession dans laquelle le pupille est intéressé doit avoir lieu en justice.

B - Les actes permis au tuteur agissant seul

Le tuteur, représentant du mineur, peut passer un grand nombre d'actes sans autorisation particulière ni formalité. Ainsi, il peut effectuer valablement, seul et sans autorisation, les actes conservatoires et les actes d'administration. Le tuteur pourra donc procéder seul à la vente des meubles d'usage courant du mineur ou à la location pour une durée maximale de neuf ans des immeubles du mineur.

III - La fin de la tutelle

La tutelle cesse lorsque le pupille atteint l'âge de la majorité ou décède. L'émancipation du mineur marque également la fin de la tutelle. L'émancipation, prévue aux articles 476 à 487 du Code civil, permet d'anticiper la majorité lorsqu'un mineur de plus de 16 ans a une maturité suffisante. Le mineur émancipé est seul à la tête de son patrimoine. Toutefois, il ne peut pas être commerçant.

A la fin de la tutelle, le tuteur doit rendre les comptes de l'ensemble de sa gestion. Il doit remettre au juge des tutelles un tableau récapitulatif des recettes et dépenses et indiquer, en outre, la consistance des biens existants du mineur.

§ 2 – Situation pathologique : les sanctions des règles de gestion

La loi du 14 décembre 1964, réformant le régime des incapacités des mineurs, a prévu un système de sanctions.

I - La responsabilité des organes de gestion

La loi a prévu une protection *a priori* du pupille par le recours aux autorisations préalables du conseil de famille ou du juge des tutelles. La mise en jeu de la responsabilité des organes de gestion de la tutelle permet une protection *a posteriori*. Le pupille qui a subi un préjudice du fait de la mauvaise gestion de son patrimoine peut donc obtenir réparation par des actions en responsabilité dirigées contre les organes de gestion de la tutelle. Deux conditions doivent être réunies pour que l'action en responsabilité ait une chance d'aboutir :

- il faut évidemment une faute ; on dira que le tuteur a commis une faute s'il n'a pas géré les biens du pupille en bon père de famille ; autrement dit, le tuteur négligent dans sa gestion commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité;

- cette faute doit être imputable à un organe de gestion : tuteur, subrogé tuteur ou même membres du conseil de famille ; si le juge des tutelles commet une faute, la responsabilité de l'État peut être engagée.

Cette action en responsabilité doit être exercée par le pupille lorsqu'il est devenu capable ou en son nom. L'organe de gestion dont la responsabilité a été retenue doit réparer le préjudice causé au mineur par la mauvaise gestion.

II - L'annulation des actes litigieux

L'annulation des actes illégaux ne peut être demandée qu'au profit du mineur, dans un délai de cinq ans à partir du jour où l'incapacité a cessé.

Les actes accomplis directement par le mineur agissant seul ne peuvent être annulés que s'ils lui ont été préjudiciables. En revanche, les actes accomplis par le tuteur sont valables ou nuls indépendamment de l'existence d'un préjudice subi par le mineur. Ils sont valables si les conditions de forme et les éventuelles autorisations ont été respectées et sont nuls dans le cas contraire. Comme pour l'administration légale, les actes accomplis par le mineur seul, alors que son tuteur n'aurait pu les faire valablement qu'avec autorisation, sont nuls même s'ils ne sont pas préjudiciables.

En revanche, les actes accomplis par le mineur seul, que son tuteur aurait pu accomplir seul, ne seront annulés que s'ils présentent un caractère lésionnaire pour le pupille. Le caractère lésionnaire d'un acte s'apprécie de manière objective. Par exemple, en droit commun des contrats, le Code civil dispose qu'un contrat peut être rescindé pour lésion lorsque le vendeur d'un immeuble a été lésé de plus des 7/12^e du prix. Concernant un acte accompli par un mineur dans les conditions exposées ci-dessus, il n'y a pas de quantum, ni de proportions légales.

Enfin, et toujours dans le souci de protection du mineur, la restitution des prestations en cas d'annulation d'un acte ne se fait pas conformément au droit commun. Le cocontractant du mineur doit restituer ce qu'il a reçu mais le mineur n'a l'obligation de restituer que dans la mesure où ce qu'il a reçu a tourné à son profit.

TITRE II LES MAJEURS

Le majeur de dix-huit ans est pleinement capable¹⁴⁷. Mais l'altération des facultés mentales est une cause d'incapacité d'exercice. Le droit civil organise la gestion des biens du majeur aliéné, c'est-à-dire du majeur qu'une altération de ses facultés mentales met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Le régime actuel applicable aux majeurs protégés est issu de la loi du 3 janvier 1968. En dépit du bouleversement fondamental des données du fait du vieillissement de la population et du changement des méthodes de soins dispensées aux aliénés, cette loi n'a pas été modifiée. En revanche, le régime d'hospitalisation des malades mentaux dans des établissements de soins a été réformé par une loi du 27 juin 1990. Ces deux systèmes de protection sont indépendants l'un de l'autre.

Il convient de distinguer le statut du majeur suivant qu'un régime de protection a été ou non mis en place : l'article 488 prévoit qu'« est protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ».

La protection occasionnelle du majeur aliéné s'oppose à la protection continue du patrimoine de certains majeurs.

¹⁴⁷ art. 488

CHAPITRE I

LA PROTECTION OCCASIONNELLE DU MAJEUR ALIENE

L'altération, si elle n'est pas durable, appelle des mesures de protection occasionnelles. Des solutions spécifiques aux actes conclus ont été adoptées en ce sens : il est possible, sous condition, de les remettre en cause. Ces mesures peuvent au demeurant bénéficier au majeur qui est malade pour une durée indéterminée, aucune mesure n'ayant ou ne pouvant être prise par négligence, ignorance ou respect pour la personne.

La loi du 3 janvier 1968 a réglé le sort des contrats conclus par un malade mental en ouvrant certaines actions en annulation ; elle a en revanche refusé de maintenir la jurisprudence traditionnelle en matière de responsabilité civile : selon l'article 489-2, celui qui cause un dommage sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins tenu à réparation. A noter que le malade mental civilement responsable peut être jugé pénalement irresponsable si le trouble mental avait aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.

Toute personne peut contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi. Mais « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit »¹⁴⁸. Ce même texte déclare que la nullité implique la preuve par celui qui agit en nullité de l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. C'est à celui qui prétend avoir agi sans conscience en raison d'une altération de ses facultés mentales d'établir son état. La preuve peut être intrinsèque — c'est-à-dire tirée de l'acte lui-même — ou extrinsèque. En cas de démence persistante, la jurisprudence semble admettre un certain assouplissement des règles de preuve¹⁴⁹.

La sanction est la nullité relative des actes passés par l'individu atteint de troubles mentaux au moment de l'acte, quelle que soit la nature ou la cause du trouble, durable ou protégé temporaire, et que l'altération soit totale ou non. Il suffit qu'elle soit de nature à exclure une volonté consciente.

L'exercice de l'action varie suivant qu'elle est intentée du vivant de la personne ou qu'elle l'est après la mort de celui-ci.

L'article 489, alinéa 2 prévoit alors que l'action en nullité ne peut être exercée que par l'aliéné ou par son curateur s'il en a été ensuite nommé un pour lui. Il s'agit d'une action en nullité relative qui se prescrit par cinq ans. L'acte peut être confirmé.

¹⁴⁸ art. 489

¹⁴⁹ c'est au défendeur de prouver que l'acte a été conclu pendant un intervalle lucide

On remarquera que la possibilité d'agir en annulation reconnue au curateur est curieuse, puisque celui-ci a en principe un simple rôle d'assistance. Cela n'exclut pas que le majeur agisse lui-même en annulation, bien sûr.

Après la mort de la personne, il faut opérer une distinction suivant qu'il s'agit d'actes à titre onéreux ou d'une libéralité.

On a en effet voulu éviter que les héritiers ne remettent systématiquement en cause les contrats conclus par leur auteur, dès lors qu'un acte ne serait pas conforme à leur intérêt.

De manière préventive, on espère aussi inciter les futurs héritiers d'un aliéné à déclencher un régime de protection.

Les actes à titre onéreux ne peuvent en principe être annulés¹⁵⁰. Seules trois exceptions sont ouvertes : si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental ; si l'acte a été accompli alors que la personne était placée sous le régime de la sauvegarde de justice ; si une action avait été introduite, avant le décès, aux fins de faire ouvrir la tutelle ou la curatelle. Mais les héritiers doivent alors faire la preuve du trouble mental.

L'acte entaché de nullité peut être confirmé par l'auteur de l'acte, après guérison, ou par ses héritiers après sa mort. Il peut l'être aussi avec l'assistance du curateur en cas d'ouverture d'une curatelle ; sous le régime de la tutelle, la confirmation par le tuteur est possible avec l'autorisation du conseil de famille.

¹⁵⁰ art. 489-1

CHAPITRE II

LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE CERTAINS MAJEURS

Selon l'article 490 du Code civil, issu de la loi du 3 janvier 1968, « lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants. Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche la manifestation de la volonté ».

La loi a donc prévu des régimes de protection pour les personnes majeures qui ne sont plus capables de gérer ou d'administrer seules leur patrimoine. Le législateur a imaginé trois régimes différents, chacun d'eux est susceptible de variantes. Si tous les régimes permettent de protéger l'individu victime d'une altération de ses facultés mentales, les besoins de protection varient selon le degré de l'altération. Ainsi, lorsqu'une personne a besoin d'être représentée d'une manière durable, il faut la mettre sous tutelle ; lorsqu'elle a besoin d'être conseillée, la curatelle est une solution adaptée ; enfin, si une personne majeure a besoin d'une protection plus légère et temporaire, il faut envisager le placement sous sauvegarde de justice. Ces trois régimes de protection du majeur incapable feront l'objet de trois développements distincts.

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce modifie les dispositions relatives au divorce des incapables majeurs¹⁵¹.

Section 1 - La mise sous sauvegarde de justice

La sauvegarde de justice est le régime de protection le plus léger, les capacités civile et civique du majeur placé sous ce régime restant intactes : « Le majeur placé sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits ».

C'est une protection souple, temporaire, et beaucoup moins élaborée que la tutelle. Sa mise en place est rapide et prépare souvent une mesure de protection plus longue à mettre en œuvre¹⁵². Nous examinerons successivement le placement sous sauvegarde de justice et les effets de ce placement.

¹⁵¹ Voir l'introduction indiquant les voies de la réforme qui entrera en application en 2009

¹⁵² curatelle ou tutelle

Sous-section 1 - Le placement sous sauvegarde de justice

Il s'agit de savoir quelles sont les personnes concernées, la procédure de placement et la publicité obligatoire.

§ 1 - Les personnes susceptibles d'être placées sous sauvegarde de justice

Selon l'article 491 du Code civil, peut être placé sous sauvegarde de justice « le majeur qui, pour l'une des causes prévues à l'article 490, a besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile ». L'esprit de la loi de 1968 étant de limiter l'effet de cette mesure de protection, on en déduit qu'il s'agit d'une protection passagère et temporaire. Sont ainsi susceptibles d'être placés sous sauvegarde de justice des majeurs victimes d'un accident de la route ou de crises de folie passagères. Des troubles dus à une cure de désintoxication peuvent également nécessiter une mise sous sauvegarde de justice, de même qu'un malade mental en sortie d'essai.

Le caractère temporaire et provisoire de la mesure n'est pas pour autant une condition de fond et n'est pas une condition légale d'application de la sauvegarde de justice. Dans les faits, il arrive souvent que la sauvegarde de justice soit indéfiniment renouvelée. Cette situation n'est pas à proprement parler illégale mais elle constitue une fraude à la loi ou, tout au moins, un détournement de l'institution.

§ 2 - La procédure de placement

Le placement peut avoir deux origines.

I - Le placement par déclaration médicale

Selon l'article 491-1 du Code civil, un médecin qui, dans l'exercice de sa profession, constate un cas pathologique appelant une protection au sens de l'article 490 du Code civil, doit le porter à la connaissance du procureur de la République. Cette déclaration doit être accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre.

Le procureur de la République examine alors si les conditions de placement sous sauvegarde de justice sont réunies ; dans cette perspective, il peut ordonner un nouvel examen médical. Si les conditions d'une mise sous sauvegarde de justice sont réunies, le procureur de la République enregistre la déclaration et la mesure prend effet avec cet enregistrement.

La sauvegarde de justice prend fin dans plusieurs hypothèses : par la production d'une nouvelle déclaration médicale, par la radiation de la sauvegarde prise par décision du procureur de la République ou bien par péremption, par absence de renouvellement pendant un certain délai¹⁵³. Dans ces trois cas, le sauvegardé retrouve sa pleine et entière capacité ; la sauvegarde de justice peut également prendre fin par l'instauration d'un nouveau régime : la tutelle ou la curatelle.

II - La mise sous sauvegarde de justice par jugement

L'article 491-1 alinéa 2 du Code civil prévoit cette hypothèse : lorsque le juge des tutelles est saisi d'une procédure de tutelle ou de curatelle, il peut décider de placer le majeur sous sauvegarde de justice le temps de l'instance, s'il y a lieu de le protéger. Aucun recours n'est possible contre cette décision qui est transmise au procureur de la République pour enregistrement. La sauvegarde prendra fin avec l'ouverture de la tutelle ou de la curatelle.

§ 3 - La publicité de la mise sous sauvegarde de justice

Le procureur de la République tient un registre spécial contenant les déclarations médicales et les décisions du juge des tutelles ainsi que l'état civil des personnes concernées. La publicité de ce registre est très limitée ; elle ne se fait que par communication d'extraits. Il n'y a pas d'information systématique du malade et de sa famille. Peuvent demander un extrait du registre, les personnes qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une tutelle, les avocats, notaires et huissiers si cela est nécessaire pour un acte lié à leur fonction.

Les tiers ordinaires n'ont donc pas accès à ce registre. Il n'y a aucune mesure de publicité sur les actes de l'état civil. La sauvegarde de justice a donc un caractère quasi confidentiel qui peut être un inconvénient : les tiers risquent d'ignorer la diminution éventuelle de la capacité de leur cocontractant.

Sous-section 2 - Les effets du placement sous sauvegarde de justice

Le principe résulte de l'article 491-2 du Code civil : l'intéressé conserve l'exercice de ses droits. La sauvegarde de justice est un régime de protection et non d'incapacité. La

¹⁵³ six mois

protection s'organise autour de deux idées : l'intéressé ne doit pas pouvoir se causer du tort par des actes irréfléchis ; son patrimoine doit être protégé en cas d'inaction de sa part.

§ 1 - Le sort des actes passés par la personne sous sauvegarde de justice

Il faut distinguer le sort des actes patrimoniaux de celui des actes extrapatrimoniaux.

I - Le sort des actes extrapatrimoniaux

Le principe de la capacité joue pleinement. L'intéressé peut se marier, reconnaître et adopter un enfant, exercer ses droits de citoyen... Il existe toutefois deux restrictions :

- le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture irrémédiable de la vie commune sont impossibles ; en revanche, la demande en divorce pour faute ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage pourra être examinée si la tutelle ou la curatelle a été organisée ;

- l'individu placé sous sauvegarde de justice ne peut pas être désigné comme juré dans un procès devant une cour d'assises.

II - Le sort des actes patrimoniaux

« Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. Mais c'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ». Cependant, si les actes passés par la personne sous sauvegarde de justice échappent à la nullité, ils peuvent être rescindés pour cause de lésion ou réduits pour cause d'excès.

A - La rescision pour cause de lésion

D'après l'article 1118 du Code civil, la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. Ainsi, lorsqu'une personne sous sauvegarde de justice a passé un contrat désavantageux pour elle, il suffit d'une simple lésion pour demander la rescision du contrat, aucune proportion n'étant fixée légalement¹⁵⁴. Toutefois, le tribunal doit tenir compte de la situation de fortune de la personne protégée, de la bonne foi ou de la mauvaise foi du cocontractant¹⁵⁵, de l'utilité ou

¹⁵⁴ contrairement au droit commun des contrats selon lequel il y a lésion lorsque le vendeur d'un immeuble est désavantagé de plus des 7/12e du prix

¹⁵⁵ savait-il que la personne avec laquelle il a passé un contrat se trouvait sous sauvegarde de justice ?

de l'inutilité de l'opération. Le tribunal statue en équité, l'existence de la lésion relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Les personnes habilitées à agir en nullité relative sont l'intéressé lui-même et toutes les personnes pouvant demander sa mise sous tutelle. L'action se prescrit dans un délai de cinq ans à partir de la connaissance de l'acte.

La rescision pour lésion produit les mêmes effets que la nullité. Ainsi, dans le cas d'une vente d'immeuble, le cocontractant ne peut pas éviter l'annulation de l'acte en offrant de verser le complément du prix.

B - La réduction pour cause d'excès

Dans cette hypothèse, contrairement à la rescision pour cause de lésion, il n'y a pas de déséquilibre entre les prestations : le prix du bien ou du service est normal mais il dépasse les moyens et les besoins de la personne protégée. Cette action obéit aux mêmes règles que l'action en rescision pour cause de lésion.

En revanche, les effets sont différents d'une nullité : l'acte est simplement réduit, c'est-à-dire réévalué. La réduction pour cause d'excès est une source d'insécurité pour les tiers qui peuvent être de bonne foi, ne sachant pas que l'intéressé est sous sauvegarde de justice. Une publicité plus ouverte de la sauvegarde de justice permettrait d'éviter cet écueil.

§ 2 - La gestion du patrimoine de la personne sous sauvegarde de justice

Le principal danger qui guette le malade est l'inaction alors que des actes seraient nécessaires. La loi de 1968 a prévu un « embryon de gestion ». Celle-ci peut être conventionnelle ou légale.

I - Le mandat conventionnel

Cette situation est prévue à l'article 491-3 du Code civil : dans ce cas, l'intéressé a lui-même désigné un mandataire pour gérer ses biens. Cette désignation peut intervenir soit avant, soit après le placement. Par exemple, un malade, sentant qu'il s'affaiblit, peut désigner un proche pour agir en son nom : le mandat reçoit exécution, on respecte la volonté de l'intéressé.

Si la procuration mentionne qu'elle a été donnée en considération de la période de sauvegarde de justice, elle ne peut être révoquée qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Si la procuration ne mentionne pas la mise sous sauvegarde de justice, on applique les règles classiques du mandat. Le mandant, c'est-à-dire celui qui donne un mandat au mandataire, peut révoquer le mandat qu'il a donné mais le juge des tutelles peut également révoquer cette procuration.

Dans les deux cas, le juge des tutelles exerce un droit de contrôle ; il peut demander au mandataire que des comptes lui soient rendus.

II - La gestion d'affaires

En l'absence de mandat, on suit les règles de la gestion d'affaires. Ces règles figurent aux articles 1372 et suivants du Code civil. Il y a gestion d'affaires lorsqu'une personne s'occupe spontanément des intérêts d'une autre. Le gérant d'affaires est obligé de continuer la gestion qu'il a entreprise et celui dans l'intérêt duquel cette gestion a eu lieu est tenu d'indemniser le gérant de ses dépenses, dans la mesure où celles-ci ont été utiles. Cette gestion d'affaires, habituellement facultative, devient obligatoire pour l'entourage du malade quand il s'agit d'actes conservatoires urgents. Les personnes sur lesquelles pèse cette obligation sont :

- celles qui peuvent demander l'ouverture de la tutelle ;
- le directeur de l'établissement où est soigné le malade ;
- la personne qui héberge le malade à son domicile.

Pour que cette obligation joue, il faut que les intéressés aient connu l'urgence des actes à accomplir et la déclaration de sauvegarde de justice.

III - Le mandat judiciaire

Si le patrimoine de la personne sous sauvegarde de justice demeure à l'abandon, tout intéressé peut en avertir le juge des tutelles. Ce dernier peut alors désigner un mandataire spécial pour faire un acte déterminé ou une série d'actes mais ceux-ci doivent toujours être des actes d'administration. Cette situation est fréquente lorsque la

sauvegarde de justice est décidée pour la durée d'une procédure¹⁵⁶. Le juge désigne en même temps un mandataire spécial¹⁵⁷ pour passer certains actes pendant la procédure.

Dans tous les cas, la sauvegarde de justice doit rester une mesure de protection simplifiée, provisoire et temporaire, dans l'attente soit d'une amélioration, soit d'un placement sous un régime plus structuré.

Section 2 - La tutelle

La tutelle est un régime de représentation continue du majeur dans les actes de la vie civile. Ce système convient lorsque le majeur est gravement handicapé mentalement. La tutelle a remplacé, en 1968, l'interdiction judiciaire. Le système est clair, bien organisé, bien connu, comparable à la tutelle des mineurs.

Sous-section 1 – La tutelle sous l'angle objectif

Nous verrons son établissement, son organisation et son fonctionnement.

§ 1 - L'établissement de la tutelle

Elle doit être ouverte avant de cesser.

I - L'ouverture de la tutelle

Elle remplit des conditions de fond et de forme.

A - Les conditions de fond

Selon l'article 492 du Code civil, « une tutelle est ouverte quand un majeur, pour l'une des causes prévues à l'article 490, a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile ».

La personne doit donc être majeure ; on y assimile le mineur émancipé. Cette personne doit également souffrir d'une altération de ses facultés mentales.

Selon l'article 493-1 du Code civil, cette altération doit être constatée par un spécialiste et être suffisamment grave pour justifier une totale incapacité : cette appréciation est une question de fait.

Enfin, il existe une troisième condition pour les personnes mariées : il faut que les règles du régime primaire et du régime matrimonial n'apportent pas une protection suffisante.

¹⁵⁶ de mise sous tutelle ou sous curatelle

¹⁵⁷ souvent le tuteur ou le curateur pressenti

B - Les conditions de procédure

Toute mise sous tutelle nécessite une décision du juge des tutelles. Celui-ci est un juge du tribunal d'instance du domicile du majeur. Plusieurs personnes peuvent le saisir ; on peut les répartir en deux groupes :

- les personnes qui ont qualité pour saisir le juge et le contraindre à statuer : la personne à protéger elle-même, le conjoint si la communauté de vie n'a pas cessé, les ascendants, les descendants, le ministère public et le curateur ; le juge des tutelles peut également ouvrir la tutelle d'office ;

- les personnes qui peuvent avertir le juge d'une situation qui justifierait cette mesure : les autres parents, les alliés, les amis, le médecin traitant, le directeur d'établissement... cette liste n'étant pas exhaustive.

Le juge apprécie le sérieux de la démarche puis peut se saisir d'office. Il avise alors le procureur de la République et instruit le dossier. L'instruction se déroule en plusieurs étapes. Dans un premier temps, le juge doit entendre la personne concernée pour lui donner connaissance de la procédure engagée à son égard. Cette formalité étant d'ordre public, elle ne peut être éludée que dans deux cas : soit l'intéressé refuse d'être entendu par le juge, soit il existe une contre-indication médicale, le médecin estimant que l'audition de la personne pourrait nuire à sa santé. Dans un second temps, le juge recueille l'avis du médecin traitant, entend les parents, alliés et amis de la personne à protéger. Il ordonne toutes les mesures d'information qui lui semblent nécessaires, sous forme d'enquête sociale ou d'expertise médicale.

Le dossier est ensuite communiqué au parquet et aux parties. La décision de mise sous tutelle doit être motivée et notifiée à l'intéressé. Le Code civil a prévu des règles particulières, relatives au recours contre cette décision. Le recours a lieu devant le tribunal de grande instance :

- si le jugement refuse d'ordonner la tutelle, le recours n'est ouvert qu'au requérant ;
- si le jugement ordonne l'ouverture de la tutelle, l'article 493 alinéa 3 dispose que toutes les personnes ayant qualité pour requérir l'ouverture de la tutelle peuvent former ce recours, de même que toutes les personnes pouvant signaler au juge un cas susceptible d'aboutir à une mise sous tutelle.

Le jugement devenu définitif doit être publié. La publicité de la décision sera assurée par le système du répertoire civil qui a pour support l'acte de naissance.

II - La cessation de la tutelle

L'article 507 du Code civil prévoit les différents cas de cessation de la tutelle :

- la tutelle cesse de plein droit par le décès de la personne protégée ;
- elle cesse en cas de guérison ou d'amélioration notable de l'état de santé de la personne protégée.

Dans ce dernier cas, il faut obtenir la mainlevée de la tutelle, ce qui suppose d'intenter une procédure identique à la procédure initiale. C'est le principe du parallélisme des procédures.

§ 2 - Organisation et fonctionnement de la tutelle

La loi de 1968 a prévu différents types de tutelles pour adapter le régime à la diversité des situations : une tutelle complète, calquée sur la tutelle des mineurs, et des tutelles simplifiées. Le choix entre ces différentes modalités n'a pas d'incidence sur l'étendue de l'incapacité de l'intéressé.

I - La tutelle complète

La tutelle complète constitue le droit commun de la tutelle ; elle est cependant peu utilisée, seulement dans 2,5 % des cas. Elle s'applique lorsque le juge n'a pas expressément décidé de mettre en place une tutelle simplifiée. La tutelle complète s'impose lorsque le patrimoine à gérer est important.

A - L'organisation

Trois organes composent la tutelle complète.

1 - Le tuteur

Le tuteur est l'organe essentiel de la tutelle car il va représenter la personne protégée. Les règles de désignation ne sont pas exactement les mêmes que pour la tutelle des mineurs : il n'y a pas de tutelle testamentaire. Selon l'article 496, l'époux est tuteur de son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux : c'est donc une tutelle légale. Le conjoint sera écarté si la communauté de vie a cessé ou si une autre cause interdit de lui confier la tutelle : par exemple, lorsque le conjoint de la personne à protéger est lui-même handicapé mental. Dans ce cas, la tutelle est dative, le tuteur étant désigné par le conseil de famille. Ce dernier choisit un tuteur parmi les parents, alliés,

amis ou des étrangers¹⁵⁸. Certaines personnes ne peuvent être désignées : le médecin traitant, l'établissement de soin et ses préposés rémunérés.

La personne désignée comme tuteur est, en principe, obligée d'accepter cette fonction si elle est alliée ou parent de la personne protégée. Des excuses sont admises lorsque cette personne est elle-même malade ou affaiblie par son grand âge. En revanche, ceux qui ne sont pas alliés ou parents peuvent refuser. Les tuteurs datifs, autres que les descendants et les personnes morales, peuvent se faire remplacer au bout de cinq ans ; cette possibilité de remplacement n'est pas ouverte à l'époux.

La loi de 1968 a apporté une innovation pour les personnes majeures : la tutelle peut être confiée à une personne morale. On a ainsi vu fleurir un grand nombre d'associations tutélaires.

2 - Le subrogé tuteur

Le subrogé tuteur a un rôle général de surveillance du tuteur mais peut également être amené à le suppléer ou le remplacer. Il est désigné par le conseil de famille parmi ses membres. Le choix du conseil de famille doit être motivé.

3 - Le conseil de famille

Le conseil de famille est un organisme collégial composé de quatre à six membres, y compris le subrogé tuteur mais non le tuteur. Le conseil de famille est présidé par le juge des tutelles qui en choisit les membres : parents ou alliés mais aussi toutes autres personnes qui s'intéressent au majeur à protéger, par exemple le médecin traitant.

Le conseil de famille est convoqué par le juge des tutelles ; il ne peut valablement délibérer que si la moitié de ses membres sont présents ou représentés. Ses délibérations peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal de grande instance.

B - Le fonctionnement

Le fonctionnement de la tutelle complète est lourd. Pour l'essentiel, l'article 495 du Code civil renvoie à la tutelle des mineurs. On applique donc l'article 450 aux termes duquel « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les

¹⁵⁸ par exemple des professionnels de la gestion de patrimoine

actes civils (...). Il administrera ses biens en bon père de famille et répondra des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion...».

1 - Le gouvernement de la personne

Les règles applicables à la tutelle des mineurs montrent que les décisions concernant la personne reviennent au conseil de famille. Le tuteur est l'organe d'exécution. Le conseil de famille règle les conditions de l'entretien de l'incapable et décide d'y affecter les sommes nécessaires prélevées sur le patrimoine de l'intéressé.

La transposition des règles de la tutelle des mineurs à la tutelle des majeurs présente certaines difficultés. Dans bien des cas, la protection d'un incapable majeur nécessite des règles différentes. Il est évident qu'assurer le gouvernement d'une personne majeure incapable requiert des règles spécifiques, un majeur même incapable ayant certainement davantage besoin de liberté qu'un mineur. Donner plus de liberté d'action à un majeur incapable éviterait une marginalisation en fin de compte très néfaste. Pourtant, le législateur de 1968, en ne prenant aucune disposition spécifique, n'a pas entendu résoudre ces difficultés. Un arrêt de 1997 montre qu'en pratique il est tenu compte de la volonté du majeur sous tutelle. Dans cette affaire, une personne majeure avait été mise v sous tutelle pour altération de ses facultés mentales et ses parents se disputaient le droit de l'héberger. La Cour de cassation a tranché en se référant à la volonté de la personne protégée : « après avoir relevé que Nadège Y... est capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social, qu'elle n'est pas dépourvue de volonté propre et qu'elle a émis à plusieurs reprises le souhait de rester près de son père, le Tribunal a considéré souverainement qu'il convenait de respecter ce choix ». On doit en déduire que, dans sa mission de gouvernement de la personne, le juge des tutelles doit prêter attention et respecter les choix de la personne protégée.

2 - La gestion du patrimoine

Le majeur est privé de l'exercice de ses droits ; le tuteur les exerce à sa place, ce qui lui donne des pouvoirs mais lui impose en contrepartie des obligations.

a) Les pouvoirs du tuteur

Les règles sont les mêmes que pour les mineurs : le tuteur peut faire seul et sans autorisation les actes conservatoires et les actes d'administration¹⁵⁹. Il doit toutefois s'assurer de l'autorisation du subrogé tuteur pour encaisser des capitaux au nom du pupille. Pour les actes de disposition, il doit demander une autorisation au conseil de famille.

Certains actes sont toujours interdits au tuteur. Il ne peut pas acheter ou louer un bien de son pupille, ne peut pas acquérir un droit de créance contre lui¹⁶⁰, ne peut pas cautionner un tiers au nom de son pupille. Ainsi, le tuteur ne peut pas habiter dans un appartement qu'il louerait au pupille.

b) Les obligations du tuteur

Le tuteur doit administrer le patrimoine du pupille en bon père de famille.

Cette formule générale lui impose des obligations concrètes et précises :

- le tuteur doit faire l'inventaire des biens du pupille ;
- il doit déposer les fonds et les valeurs du pupille chez un dépositaire agréé ;
- le tuteur doit faire emploi, sous contrôle du conseil de famille, des capitaux et de l'excédent de revenu du pupille ; il ne doit donc pas laisser à l'abandon le capital du pupille;
- il doit établir un compte annuel de gestion, le remettre au subrogé tuteur qui le transmettra, après contrôle, au greffier en chef du tribunal de grande instance¹⁶¹ ;
- le tuteur doit rendre compte de sa gestion globale au moment où il quitte ses fonctions ; la responsabilité du tuteur pour mauvaise gestion peut être mise en jeu.

II - Les tutelles simplifiées

Elles sont au nombre de trois.

A - La tutelle en forme d'administration légale

Cette tutelle fonctionne sans subrogé tuteur ni conseil de famille, l'administration de la tutelle étant seulement contrôlée par le juge des tutelles. Ce système est calqué sur l'administration légale sous contrôle judiciaire, telle qu'elle est instituée par la loi pour les mineurs quand un seul parent a l'autorité parentale. La tutelle en forme d'administration

¹⁵⁹ même les baux

¹⁶⁰ par exemple, il ne peut pas consentir de prêt à son pupille

¹⁶¹ si les comptes sont faux, le tuteur peut être destitué

légale est plus souple que la tutelle complète et a la faveur des tribunaux ; elle représente 40 % des tutelles en France.

1 - L'organisation

Le choix entre une tutelle complète et une tutelle en forme d'administration légale est laissé à l'appréciation du juge. Toutefois, lorsque le patrimoine de la personne à protéger n'est pas très important, le juge choisit le plus souvent la tutelle en forme d'administration légale. Cette forme de tutelle est, par exemple, très utilisée par les parents d'un enfant handicapé qui se font désigner comme administrateurs quand leur enfant atteint l'âge de la majorité. L'article 497 du Code civil énumère les personnes qui peuvent être désignées comme administrateur : « un parent ou allié ». Par parent ou allié, il faut entendre un conjoint, un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur. Une personne extérieure à la famille ne peut pas être désignée comme administrateur.

2 - Le fonctionnement

L'administrateur doit prendre soin de la personne protégée. Dans la gestion des biens du pupille, il peut faire seul tous les actes qu'un tuteur peut passer seul. L'administrateur ne peut accomplir qu'avec une autorisation du juge des tutelles les actes qui, dans la tutelle complète, nécessitent une autorisation. Les obligations de l'administrateur sont les mêmes que celles du tuteur ; il doit rendre compte de sa gestion tous les ans au juge des tutelles.

B - La gérance de tutelle

Selon l'article 499 du Code civil, le juge peut estimer qu'il est inutile d'organiser une tutelle complète quand les biens à gérer sont très modestes. Il désigne alors un gérant de tutelle.

Le gérant de tutelle est habilité selon la loi à percevoir les revenus de l'incapable et à les employer à son entretien.

Le gérant de tutelle ne peut accomplir d'autres actes qu'avec l'autorisation du juge.

La question s'est donc posée de savoir si les pouvoirs du gérant de tutelle étaient ou non limités au domaine patrimonial. Il semble que la doctrine et la jurisprudence, se

fondant sur le caractère général de l'article 500 alinéa 2 du Code civil, reconnaissent au gérant de tutelle la possibilité, avec une autorisation du juge, d'effectuer des actes relatifs à la personne de l'incapable. A titre d'exemple, le tribunal de Saint-Girons a déclaré que le juge pouvait, sur le fondement de l'article 500 du Code civil, autoriser le gérant de tutelle à introduire une action en divorce pour rupture de la vie commune au nom de la personne protégée, bien qu'il s'agisse d'un acte à caractère personnel¹⁶².

Aux termes de l'article 499 du Code civil, le gérant de tutelle peut être soit un préposé de l'établissement de traitement, soit un administrateur spécial¹⁶³ ou, le plus souvent, une association tutélaire agréée.

Le succès du système, dû à sa simplicité, a conduit à en faire une utilisation abusive ; en effet certains juges des tutelles utilisent systématiquement la gérance de tutelle pour éviter les difficultés d'organisation et la lourdeur de fonctionnement de la tutelle complète. La Cour de cassation a dû rappeler que la désignation d'un gérant de tutelle suppose au préalable d'avoir constaté le peu d'importance des biens à gérer et l'inutilité d'une tutelle complète.

Les actes accomplis par les préposés d'un établissement de traitement en leur qualité de gérant de tutelle relèvent exclusivement du contrôle du juge des tutelles. Dès lors, les éventuelles actions en réparation du préjudice qui pourrait résulter de fautes commises par ces préposés dans l'exécution de leur mission relèvent de la compétence des juridictions judiciaires.

C - La tutelle d'Etat

L'article 433 du Code civil, rédigé pour les mineurs, s'applique aux majeurs : lorsque la tutelle est vacante, elle est déférée à l'Etat. C'est le cas lorsqu'il n'y a pas un entourage familial nécessaire pour une tutelle complète ou sous forme d'administration légale. Cette tutelle d'Etat a été organisée par le décret du 6 novembre 1974.

Le tuteur exerce les pouvoirs d'un administrateur légal. En principe, l'Etat est représenté par le directeur de la Direction des Affaires Sanitaires et Sociales mais ce dernier n'exerce pas directement ses pouvoirs : il les délègue à une personne morale agréée, par exemple une association tutélaire agréée par l'Etat. Le tuteur d'Etat peut être aussi un notaire désigné par le juge des tutelles, après avis de la chambre des notaires.

¹⁶² TGI Saint-Girons, 23 février 1995

¹⁶³ un particulier figurant sur une liste établie par le procureur de la République

Dans ce cas, il est seulement tuteur aux biens. S'il l'accepte, les fonctions de tuteur à la personne peuvent également lui être confiées.

Sous-section 2 – La tutelle sous l'angle subjectif

Nous envisagerons, ici, la situation des parties.

§ 1 – Le majeur en tutelle et sa condition juridique

En théorie, la tutelle prive le majeur protégé de toute capacité d'exercice : il possède des droits mais ceux-ci sont exercés par son représentant. Cette incapacité n'est toutefois pas générale.

I - Les actes patrimoniaux

Les actes patrimoniaux sont ceux visés par le législateur à l'article 492 du Code civil, pour lesquels le majeur sous tutelle a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile.

A - Le principe de l'incapacité

L'incapacité du majeur sous tutelle est une incapacité complète et permanente qui prive d'efficacité les actes passés par le majeur lui-même. Selon l'article 502 du Code civil, « Tous les actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, seront nuls de droit... ».

1 - La nullité de droit

L'expression nullité de droit signifie que l'état mental de la personne au moment où elle a conclu l'acte ne doit pas être pris en considération. Peu importe qu'elle ait agi dans un intervalle de lucidité, peu importe qu'il n'y ait pas de lésion ou d'excès. L'incapacité du majeur est plus profonde que celle du mineur : en effet, les actes d'administration accomplis par le mineur seul échappent à la nullité s'ils ne sont pas lésionnaires.

Cependant, cette nullité est relative : elle doit être demandée en justice par l'intéressé lui-même, par son tuteur ou par ses héritiers¹⁶⁴. La Cour de cassation a rappelé ce principe très clairement : dans cette espèce, une société avait demandé que soit déclaré nul le congé du local à usage commercial qui lui avait été délivré après l'ouverture de la tutelle du propriétaire. La Haute juridiction a rappelé par un moyen de pur droit et relevé d'office que « l'action en nullité de droit des actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, ne peut être exercée que par le tuteur, pendant la durée de la tutelle, par l'auteur de l'acte après la mainlevée de la

¹⁶⁴ contrairement à la nullité relative, la nullité absolue peut être sollicitée par tout intéressé

mesure de protection, et par ses héritiers après son décès »¹⁶⁵. Le délai de l'action en nullité relative¹⁶⁶ est de cinq ans et commence à courir à compter du jour de la mainlevée de la tutelle pour l'intéressé, du jour où il a eu connaissance de l'acte pour le tuteur, du jour du décès de l'intéressé pour les héritiers. On constate donc que le point de départ des délais varie en fonction de la personne qui demande la nullité de l'acte.

2 - La date des actes visés

Seuls les actes passés après la mise sous tutelle sont visés par l'article 502 du Code civil, l'application de cette règle n'est cependant pas aussi simple qu'il y paraît et appelle des explications.

En premier lieu, l'article 493-2 du Code civil apporte une nuance : aux termes de cet article, la décision de mise sous tutelle n'est opposable aux tiers que deux mois après l'accomplissement des formalités de publicité. En conséquence, on ne peut pas invoquer la nullité contre le tiers cocontractant pour des actes passés avant l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'ait eu personnellement connaissance de la décision, ce qui soulèvera des problèmes de preuve.

En second lieu, la décision de mise sous tutelle rend suspects les actes conclus antérieurement ; aux termes de l'article 503, ces actes « pourront être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque où ils ont été faits ». Le problème de la preuve se pose à nouveau.

En résumé, l'altération des facultés mentales peut donner lieu à trois sortes de nullités :

- indépendamment de toute mesure de protection, la nullité de l'article 489 qui suppose la preuve d'un trouble mental au moment de l'acte ;

- dans le cadre de la tutelle, la nullité de droit de l'acte passé par l'incapable pour lequel il n'y a aucune autre preuve à apporter que l'existence du jugement de mise sous tutelle ;

- en cas de tutelle, la nullité facultative des actes antérieurs ; il faut alors établir l'existence du jugement et le fait que l'altération des facultés mentales était déjà notoire au moment de l'acte.

¹⁶⁵ Civ I°, 31 janvier 1995

¹⁶⁶ celui de la nullité absolue est de trente ans

B - Les exceptions au principe de l'incapacité

La tutelle peut être allégée, et les actes usuels peuvent être accomplis par le majeur.

1 - La tutelle allégée

Dans son jugement, le juge des tutelles peut spécifier que le majeur placé en tutelle aura néanmoins la capacité d'accomplir certains actes. Par exemple, il pourra encaisser des salaires ou accomplir certains actes avec l'assistance de son tuteur : la tutelle devient alors curatelle pour certains actes particuliers. Le texte qui organise cette tutelle allégée, l'article 501 du Code civil, prévoit que le juge doit demander l'avis du médecin traitant.

Cette décision peut être prise dans le jugement d'ouverture de la tutelle, au cours de la tutelle en cas d'amélioration de l'état de santé, ou pour tempérer la sévérité de la loi.

2 - Les actes usuels

Malgré le principe d'incapacité, la Cour de cassation admet que la personne protégée peut accomplir valablement certains actes de la vie courante autorisés par l'usage. Un système rigide interdisant à un majeur sous tutelle d'acheter seul une baguette de pain serait inefficace et inadapté. Il faut éviter de marginaliser à l'excès la personne malade. Dans cette perspective, le majeur pourra utiliser librement des sommes que le tuteur met à sa disposition ; les petites acquisitions qu'il fera avec ces fonds seront valables.

II - Les actes extrapatrimoniaux

Concernant les questions non expressément résolues par le législateur, on se réfère à l'article 450 du Code civil qui prévoit que le tuteur prendra soin de la personne. Les difficultés qui peuvent surgir tiennent essentiellement à la vie privée du majeur placé. Qui exerce l'autorité parentale sur les enfants du majeur sous tutelle ? Autrement dit, l'incapacité du majeur sous tutelle entraîne-t-elle la perte de l'autorité parentale ? Selon l'article 373 du Code civil, celui des père et mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause est privé de l'exercice de l'autorité parentale. La Cour de cassation interprète restrictivement ce texte : l'incapacité prononcée par le juge des tutelles n'entraîne pas automatiquement la perte de

l'autorité parentale, l'intéressé n'étant pas toujours hors d'état de manifester sa volonté. Si l'intéressé est en état de manifester sa volonté, il demeure investi de l'autorité parentale ; dans le cas contraire, des mesures d'assistance éducatives s'imposent.

Voyons ce que le législateur a expressément prévu.

A - Le mariage et le PACS

Le majeur sous tutelle peut se marier valablement dans un intervalle de lucidité. Il consent au mariage lui-même mais doit être autorisé par le conseil de famille et, si la modalité de la tutelle n'en comporte pas, le juge des tutelles doit réunir un conseil de famille spécial. Cependant, le consentement du conseil de famille est inutile si l'intéressé a encore ses père et mère et si ces derniers approuvent le mariage. L'avis du médecin traitant doit également être recueilli.

L'article 506-1 du Code civil prévoit les règles applicables au PACS. Le principe était, jusqu'à la loi du 5 mars 2007, simple en matière de conclusion : le majeur placé sous tutelle ne pouvait pas conclure un PACS. A l'avenir¹⁶⁷, la conclusion du PACS sera possible dans les mêmes conditions que le mariage : autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, audition des futurs partenaires et recueil de l'avis des parents et de l'entourage. En outre, l'intéressé est assisté de son tuteur lors de la signature du contrat, mais pas lors de la déclaration conjointe au greffe du TGI.

Si une personne pacsée vient à être mise sous tutelle, le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille ou, à défaut le juge ; des tutelles, se substitue au majeur placé pour mettre fin au PACS. La rupture peut être faite unilatéralement ou conjointement avec l'autre partenaire. La rupture du PACS peut ainsi être effectuée même sans l'avis du pacsé placé sous tutelle ou de son partenaire.

B - Le divorce

Une demande en divorce contre une personne sous tutelle doit être formée contre le tuteur¹⁶⁸.

Si la demande émane de la personne protégée, elle doit être présentée par le tuteur au nom de l'incapable. Toutefois, le tuteur devra être habilité par le conseil de famille, s'il

¹⁶⁷ Article 460 du Code civil

¹⁶⁸ une demande contre une personne sous curatelle peut être formée contre l'incapable qui se défendra avec l'assistance du curateur

en a été institué un, ou par le juge des tutelles. La demande « est formée après avis du médecin traitant et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge »¹⁶⁹.

C - Le droit de vote

Selon l'article L-5-60 du Code électoral, la tutelle prive en principe le majeur du droit de vote. Cependant, l'incapacité à gérer son patrimoine n'empêche pas d'avoir des convictions politiques. Le même article permet donc au juge des tutelles d'autoriser le majeur à voter.

§ 2 - Les organes de tutelle et leur responsabilité

Les organes de tutelle sont responsables de la bonne gestion du patrimoine du pupille. En cas de faute dans la gestion de ce patrimoine, ils peuvent être condamnés à réparation. Un arrêt de la Cour de cassation fait application de ce principe de responsabilité des organes tutélaires en condamnant *in solidum* le tuteur, le subrogé tuteur et l'Etat à réparer le préjudice subi par l'incapable¹⁷⁰. Dans cette affaire, le tuteur avait commis des négligences, imprudences et malversations en prélevant des sommes excessives sur les comptes d'épargne de l'incapable. De son côté, le subrogé tuteur n'avait pas exercé sa mission de surveillance avec suffisamment de vigilance. Enfin, le juge des tutelles n'avait pris aucune mesure pour enrayer la mauvaise gestion du tuteur.

Section 3 - La curatelle

La curatelle représente 50 % des mesures de protection. Elle a été instituée pour un majeur qui, pour l'une des causes prévues à l'article 490 du Code civil, a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile. Dans le cas de la curatelle, contrairement à la tutelle, le majeur n'est pas hors d'état d'agir lui-même.

La curatelle est un régime d'assistance et non de représentation ; elle n'entraîne qu'une incapacité partielle.

Sous-section 1 - L'établissement et l'organisation de la curatelle

Distinguons les deux points

¹⁶⁹ Le majeur sous curatelle peut exercer lui-même l'action

¹⁷⁰ Civ 1°, 3 juillet 1996

§ 1 – L'établissement

La procédure d'établissement de la curatelle ne soulève pas de difficulté : il suffit de se référer aux règles indiquées pour la tutelle. Deux causes justifient la mise en place d'une curatelle.

I - La curatelle pour altération des facultés mentales

L'article 490 du Code civil énonce que l'existence de troubles mentaux nécessite une protection. Le majeur sera placé sous curatelle si, malgré ses troubles, il est capable d'agir lui-même mais a besoin d'être conseillé ou contrôlé. Il faut que le majeur à protéger soit suffisamment apte à communiquer avec autrui afin de pouvoir être conseillé et assisté.

II - La propension à certains actes

Le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations peut être placé sous curatelle.

Il convient donc de définir ces notions.

La prodigalité peut se définir comme le fait d'engager des dépenses excédant notablement ses revenus, des dépenses entamant son capital. En droit, la seule prodigalité ne suffit pas pour justifier une mesure de protection ; elle doit être dangereuse pour l'intéressé et pour ses proches. Dans le Code civil, l'objectif est double : protéger l'incapable ainsi que sa famille et, au-delà des personnes, protéger le capital familial. Est ainsi justifiée la reconnaissance du droit de demander l'incapacité d'un majeur à tous les successeurs éventuels de celui-ci.

Un arrêt de la Cour de cassation illustre la notion de prodigalité. Dans cette affaire, une personne était à la tête d'une fortune considérable et avait entrepris de liquider ses actifs. Elle avait d'abord cédé des actions pour un montant de 1 800 000 \$ US, puis des biens meubles et immeubles pour un montant de 144 826 € et s'apprêtait à céder le reste de son patrimoine immobilier pour 1 524 490 €. L'utilisation d'une partie de ces sommes était justifiée mais qu'était devenu le reste ? Ses fils avaient donc présenté au juge des tutelles une requête tendant au placement de leur père en curatelle pour prodigalité. La Cour de cassation, statuant le 24 octobre 1995, a rappelé des règles essentielles.

Dans un premier temps, la Haute juridiction énonce que la production d'un certificat médical n'est exigée que lorsque la requête tendant au placement sous le régime de la

curatelle invoque une altération des facultés mentales ou corporelles de la personne à protéger et non lorsque cette requête est fondée sur la prodigalité.

Dans un second temps, la Cour de cassation approuve la décision du tribunal de grande instance de placer le majeur sous curatelle et estime que le tribunal a souverainement apprécié la preuve de la prodigalité en constatant que celui-ci avait perçu des sommes très importantes, qu'il était dans l'impossibilité de justifier de l'emploi d'une grande partie de ces fonds et que, si l'intéressé continuait à dilapider son capital, ses ressources se réduiraient aux seules retraites auxquelles il pouvait prétendre.

L'intempérance se caractérise par un manque de sobriété. Est intempérant le majeur qui abuse d'alcool ou de stupéfiants.

L'oisiveté peut être assimilée à la paresse, au désœuvrement, au manque d'intérêt...

L'oisiveté et l'intempérance doivent également être dangereuses pour l'intéressé et ses proches afin de justifier une mesure de protection.

§ 2 - L'organisation et le fonctionnement

La curatelle se caractérise par la présence d'un seul organe de protection : le curateur, désigné comme le tuteur. Le conjoint est le curateur légal. A défaut de conjoint, le curateur est datif mais, la curatelle ne prévoyant pas de conseil de famille, le juge des tutelles désigne le curateur qui peut être une personne morale.

Le curateur doit assister le majeur pour les actes qu'un tuteur ne pourrait pas faire seul¹⁷¹. Le curateur donne son autorisation soit en intervenant à l'acte lui-même, soit à l'avance à condition que l'acte envisagé soit suffisamment spécifié. Si le curateur refuse l'autorisation, le majeur peut demander au juge des tutelles une autorisation supplétive¹⁷².

En principe, le curateur n'a pas d'initiative à prendre ; il ne gère pas le patrimoine de la personne protégée et n'a donc pas de comptes à rendre.

Sous-section 2 - La condition juridique du majeur en curatelle

Il nous faut, à nouveau, distinguer les actes patrimoniaux des actes extra-patrimoniaux.

¹⁷¹ actes de disposition

¹⁷² c'est-à-dire une autorisation destinée à remplacer celle du curateur

§ 1 - Les actes patrimoniaux

Voyons le principe et les exceptions.

I - L'étendue de l'incapacité partielle du majeur

Si l'intéressé accomplit sans autorisation un acte qu'il ne pouvait pas faire seul, cet acte pourra être annulé à la demande de l'intéressé lui-même ou de son curateur. Il s'agit d'une nullité relative prescrite par un délai de cinq ans ; en outre, l'acte peut être confirmé par le curateur.

Tout acte de disposition conclu sans l'accord du curateur est ainsi susceptible d'être annulé. Comme l'a jugé la cour d'appel de Toulouse, il appartient au cocontractant de se renseigner sur l'état psychologique de son partenaire, dès lors que la fragilité et la prodigalité de ce dernier étaient manifestement démontrées par l'objet même du contrat¹⁷³. Dans cette espèce, un homme avait conclu un contrat avec un détective privé afin de rechercher une femme qu'il avait vue quelques jours, il y a vingt ans et dont il se disait toujours amoureux. Les juges ont annulé ce contrat.

Les actes que l'intéressé peut faire seul sont en théorie valables mais néanmoins rescindables pour lésion ou réductibles pour cause d'excès.

II - Les exceptions

Le juge des tutelles peut prévoir plusieurs aménagements de la condition juridique des majeurs sous curatelle.

Il peut d'abord énumérer certains actes que la personne aura la possibilité de faire seule par dérogation à l'article 510. L'incapacité est alors allégée.

Le juge peut au contraire allonger la liste des actes nécessitant une autorisation. Dans ce cas, l'incapacité est alourdie.

Contrairement au principe même de la curatelle, il peut également ordonner que le curateur percevra seul les revenus de l'incapable, qu'il assurera les dépenses à l'égard des tiers et versera l'excédant sur un compte ouvert chez un dépositaire agréé. Dans ce cas, le curateur devra rendre comptes chaque année au juge des tutelles. La curatelle est alors dite renforcée.

§ 2 - Les actes personnels

¹⁷³ CA Toulouse, 2 octobre 2001

Comme pour les actes patrimoniaux, l'incapacité est partielle. Le curateur conserve un rôle minime ; il doit toutefois assister le majeur sous curatelle dans la procédure de divorce. Un curateur spécial doit être nommé si la curatelle avait été confiée au conjoint de l'incapable.

Par oubli, la loi de 1999 n'avait pas prévu de règles particulière pour le majeur sous curatelle. La loi de 2007 a comblé cette lacune : le majeur sous curatelle aura le droit de conclure un PACS avec l'assistance¹⁷⁴ du curateur¹⁷⁵. La déclaration au greffe du TGI ne nécessitera aucune assistance.

En dehors de ces hypothèses, le majeur en curatelle est libre dans le gouvernement de sa personne et le curateur n'a pas d'initiative à prendre. Le majeur placé sous curatelle peut ainsi tester librement, mais le testament peut être déclaré nul s'il est prouvé que son auteur n'était pas sain d'esprit lors de la rédaction. Mais il doit être assisté de son curateur pour consentir une donation. Si la conduite de l'intéressé paraît déraisonnable, le curateur pourrait toutefois demander l'ouverture d'une tutelle. Enfin, la personne sous curatelle conserve son droit de vote mais n'est pas éligible.

¹⁷⁴ mais pas l'autorisation !

¹⁷⁵ Article 461 du code civil