



**HAL**  
open science

## Contentieux familial - Assistance éducative

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial - Assistance éducative. Procédures, 2008, 2, pp.comm. 47. hal-04016925

**HAL Id: hal-04016925**

**<https://hal.science/hal-04016925v1>**

Submitted on 6 Mar 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Contentieux familial

**Mélina Douchy-Oudot**

**Professeur à l'université de Bourgogne,**

**Doyen de la Faculté de droit et de science politique**

## **ENFANT : REPARTITION DE COMPETENCE ENTRE LE JUGE DES ENFANTS ET LE JUGE DES AFFAIRES FAMILIALES**

**La compétence du juge des enfants est limitée, en matière civile, aux mesures d'assistance éducative, le juge des affaires familiales étant seul compétent pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant.**

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2007, n° 06-18104, à paraître au bulletin.**

(...)

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche :

Vu les articles L. 312-1 et L. 531-3 du code de l'organisation judiciaire dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, ensemble les articles 373-2-6, 373-2-8, 373-4 et 375-1 du code civil ;

Attendu que la compétence du juge des enfants est limitée, en matière civile, aux mesures d'assistance éducative ; que le juge aux affaires familiales est seul compétent pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant ;

Attendu que des relations entre Marie-Caroline X..., décédée le 28 juillet 2003, et M. Erlend Y..., est née Ambre X..., le 5 décembre 1999 ; que l'enfant a été reconnue par son père le 13 février 2002 ; que, par jugement du 10 mars 2004, le juge des enfants a ouvert une procédure d'assistance éducative et confié l'enfant à sa grand-mère maternelle jusqu'à la décision du juge aux affaires familiales ; que, par jugement du 5 avril 2004 le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Paris a dit que l'autorité parentale serait exercée par le père demeurant au Danemark, fixé la résidence de l'enfant en France chez sa grand-mère maternelle, Mme X... Z..., et précisé les modalités du droit de visite et d'hébergement du père ;

Attendu que l'arrêt attaqué a ordonné la mainlevée de la mesure de placement de l'enfant chez sa grand-mère maternelle, dit n'y avoir lieu à assistance éducative à l'égard de Ambre X... et ordonné la remise de l'enfant à son père ;

Qu'en ordonnant la remise de l'enfant au père alors que le juge aux affaires familiales avait fixé la résidence de l'enfant chez sa grand-mère, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen :  
CASSE ET ANNULE ».

### **NOTE :**

L'enfant a ceci de particulier en procédure d'intéresser une pluralité de magistrats spécialisés, qu'il s'agisse bien sûr du juge aux affaires familiales pour tout ce qui a trait à l'autorité parentale, du juge des enfants, que ce soit en matière civile ou pénale, du juge des tutelles en sa qualité de mineur. Les limites entre les compétences dévolues entre

les magistrats ne sont pas toujours clairement dessinées. En l'espèce, une cour d'appel décide qu'il n'y a pas lieu à mesure d'assistance éducative et consécutivement ordonne que l'enfant soit remis à son père. L'arrêt est cassé. Il n'entre pas dans la compétence du juge chargé des mesures d'assistance éducative de décider quelle doit être la résidence de l'enfant. Le juge aux affaires familiales ayant fixé celle-ci chez la grand-mère maternelle, la cour ne pouvait au titre de l'assistance éducative modifier le lieu de résidence. La solution aurait pu être différente si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'était révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. C'est notamment le cas lorsque par application de l'article 375-3 du Code civil alors qu'une requête en divorce a été présentée, le juge des enfants est recevable au titre des mesures d'assistance éducative à placer l'enfant chez une autre personne que celle chez laquelle la résidence a été fixée (Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 2006, n° 05-13360, Bull. civ., I, n° 161 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1996, n° 95-05027, Bull. civ., I, n° 313). Mais il est acquis que s'il n'existe aucun fait nouveau mettant l'enfant en danger et pouvant justifier un retrait de son milieu actuel, les juges qui statuent en appel en matière d'assistance éducative ne peuvent que constater qu'une demande relative au droit de visite et d'hébergement est du ressort du juge aux affaires familiales, ainsi pour des grands-parents (Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 1997, n° 96-05128, Bull. civ., I, n° 344). Pour obtenir une modification du lieu de résidence de l'enfant, il faut tout simplement saisir le juge aux affaires familiales à cette fin. Sur le fond, le juge a fixé la résidence de l'enfant chez la grand-mère. L'article 373-3 C. civ. lui permet « à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige » de confier l'enfant à un tiers pris de préférence dans sa parenté. En l'occurrence, le fait que le père résidait au Danemark et n'avait reconnu l'enfant qu'un an avant la mort de la mère et alors qu'il avait déjà plus de deux ans ont sans doute été des circonstances de nature à privilégier la fixation de la résidence de l'enfant chez la grand-mère maternelle en avril 2004 alors que l'enfant avait un peu plus de quatre ans.

## **ADOPTION : L'ENFANT DU PARTENAIRE D'UN PACTE CIVIL DE SOLIDARITE CONCLU ENTRE DEUX FEMMES**

**Seule l'adoption de l'enfant du conjoint permet sur le fondement de l'article 365 C. civ. un partage de l'autorité parentale.**

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2007, n° B 06-21.369, à paraître au bulletin**

(...) Sur le moyen unique : Attendu que Mmes Y... et X..., après plusieurs années de vie commune, ont conclu un pacte civil de solidarité le 28 septembre 2000 ; que Mme Y... a donné naissance à un enfant, Baptiste, le 16 décembre 2003, par procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme ; que Mme Y... ayant consenti à l'adoption de son fils, Mme X... a présenté une requête en adoption simple de l'enfant en sollicitant qu'il porte le nom de Y-X... ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Riom, 27 juin 2006) d'avoir rejeté la demande en adoption de Baptiste Y... et par voie de conséquence sa demande relative au nom, alors selon le moyen, qu'il résulte des arrêts rendus par la Cour de cassation les 20 février 2007 et 13 mars 2007 qu'une des deux personnes de même sexe unies par un pacte civil de solidarité n'a d'autre choix, si elle entend adopter simplement l'enfant de son partenaire, que de détruire son foyer et son pacte cependant que son partenaire doit renoncer à élever son propre enfant, dès lors que l'article 365 du code civil, tel qu'interprété par la Cour suprême, s'oppose à ladite adoption si la famille demeure unie en ce qu'il dépouille le parent naturel de l'autorité parentale au profit du seul parent adoptif sans qu'une délégation partielle de cette autorité au parent naturel soit possible, ce qui est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant, et que, de la seule exception au transfert obligé de l'autorité parentale que le texte susmentionné admet, en faveur des conjoints, sont nécessairement exclues les personnes de même sexe, le mariage étant, selon la loi française, l'union d'une femme et d'un homme ; qu'ainsi, l'article 365 du code civil dicte une solution hors de proportion avec la préservation des intérêts de l'enfant et constitue autant une discrimination à l'encontre des personnes de même sexe vivant en union stable et continue dans les liens d'un pacte civil de solidarité qu'une atteinte à leur vie privée et familiale ; qu'en appliquant néanmoins ce texte pour prononcer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ».

#### **NOTE :**

L'égalité entre les couples, à tout le moins s'agissant du lien vis-à-vis de l'enfant, n'est pas encore actée dans la législation et dans la jurisprudence. Grâce à l'assistance médicale à la procréation, une dame pacsée avec une autre met au monde un petit Baptiste. Sa compagne souhaite, avec l'accord de la première, adopter l'enfant, selon les formes de l'adoption simple et lui donner pour nom de famille leurs deux noms accolés. La demande ayant été rejetée en appel, le pourvoi fait valoir que la décision porte atteinte à l'intérêt de l'enfant qui ne peut avoir de lien avec les deux personnes qui l'élèvent - soit la mère renonce à tout lien avec son enfant et sa partenaire l'adopte, soit la mère conserve ce lien sans pouvoir établir de lien avec sa partenaire - et constitue une discrimination à l'égard des personnes de même sexe qui ne peuvent bénéficier de l'aménagement réalisé pour les couples mariés par l'article 365 du Code civil. L'adoption de l'enfant du conjoint permet en effet à l'adoptant d'avoir l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel peut même, sous réserve d'une déclaration conjointe, en partager l'exercice. Le pourvoi est rejeté dès lors que la mère ne souhaite pas rejeter tout lien avec son enfant et que l'article 365 C. civ. ne concerne que le conjoint, or « en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage ». Au vu de cette législation,

le double lien de filiation, par le moyen de l'adoption, entre personnes pacsées, quel que soit leur sexe, ne peut être établi.

## **DIVORCE : PRESTATION COMPENSATOIRE ET OBSERVATIONS DES PARTIES**

**Le juge doit inviter les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire avant de prononcer le divorce.**

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007, n° W 07-11.432, Jurisdata n° 041113**

(...) Sur le moyen unique qui est recevable : Vu l'article 1076-1 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que lorsqu'une des parties n'a demandé que le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, le juge ne peut prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire ;

Attendu qu'un tribunal de grande instance, statuant sur la seule demande du mari, a prononcé le divorce des époux Labadie-Onori, aux seuls torts de l'épouse ; que celle-ci a fait appel de cette décision et a conclu au débouté de la demande de divorce et à l'octroi à son profit d'une contribution aux charges du mariage ;

Attendu que l'arrêt a prononcé le divorce aux torts exclusifs de Mme Onori et l'a déboutée de sa demande de contribution aux charges du mariage, précisant qu'elle n'avait pas à être examinée compte tenu du sort fait à la demande de divorce ;

Qu'en statuant ainsi, sans avoir au préalable, invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE ».

### **NOTE :**

L'arrêt ne vaut que piqûre de rappel. L'article 1076-1 c.pr.civ. est explicite : « Lorsqu'une des parties n'a demandé que le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, le juge ne peut prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire ». Il est aussi surprenant de découvrir encore un contentieux dans l'application de ce texte tel cet arrêt d'appel, du 12 avril 2006, qui après avoir prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'épouse s'est contenté de la débouter de sa demande en contribution aux charges du mariage en précisant « qu'elle n'avait pas à être examinée compte tenu du sort fait à la demande de divorce ». La cassation allait de soi, la cour aurait dû au préalable inviter les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire (déjà : Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 avril 2006, n° 05-17893, Bull. civ., I, n° 199 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 septembre 2002, n° 01-01303, Bull. civ., II, n° 189). Au moment où l'on s'interroge sur l'allègement du travail de nos juridictions, il serait temps que les solutions acquises dans les textes soient mieux appliquées par lesdites juridictions conformément d'ailleurs à la mission qui leur est dévolue par l'article 12 c. pr. civ.

## **FILIATION : COMPETENCE DU JUGE POUR ORDONNER UNE EXPERTISE BIOLOGIQUE**

**Le juge de la mise en état est compétent pour ordonner un examen comparatif des sangs au titre de son pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction.**

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2007, n° X 06-19-157, à paraître au bulletin**

« Sur le recevabilité du pourvoi, contesté par la défense :

Vu les articles 606, 607 et 608 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que, sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal, qu'il n'est dérogé à cette règle qu'en cas d'excès de pouvoir ;

Attendu que l'arrêt attaqué (Grenoble, 20 juin 2006), déclare l'action en recherche de paternité de Mme Schoepfer à l'encontre de M. Courtial, pour son fils Adam, recevable et confirme l'ordonnance du 6 janvier 2006 du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Valence qui avait, avant dire droit, ordonné un examen comparatif des sangs des parties ;

Attendu que M. Courtial fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé l'ordonnance du juge de la mise en état ayant ordonné une expertise biologique sans relever au besoin d'office l'incompétence de ce dernier au profit de la juridiction saisie de l'action, commettant ainsi un excès de pouvoir en violation des articles 16-11 et 340 du code civil, ensemble article 92 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, que l'expertise étant de droit en matière de filiation, sauf motif légitime pour ne pas y procéder, le juge de la mise en état a statué dans les limites de son pouvoir d'ordonner une mesure d'instruction ; que le grief d'excès de pouvoir, abstraction faite du fondement inopérant visé n'est pas fondé ; qu'ensuite, la cour d'appel ayant seulement ordonné une mesure d'expertise sanguine, sans trancher le fond du litige, le pourvoi est irrecevable ;

PAR CES MOTIFS :

Déclare IRRECEVABLE le pourvoi ».

**NOTE :**

Aux termes de l'article 16-11, al. 2 C. civ., en matière civile, l'identification par empreintes génétiques « ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides ». Toute une jurisprudence s'est développée pour déterminer qui est ce juge saisi de l'action relative à la filiation ou de l'action aux fins de subsides.

On a pu estimer qu'il ne pouvait pas s'agir du juge des référés saisi en matière probatoire sur le fondement de l'article 145 c. pr. civ. (TGI Toulouse, JCP 1997, II, 22787, note I. Ardeef), seul le juge saisi de l'action au fond pouvant par conséquent ordonner une telle mesure d'instruction. Les juges du fond ne se sont pas orientés majoritairement dans cette direction estimant par exemple que si le juge des référés n'a pas le pouvoir de trancher une action en recherche de paternité, il conserve le pouvoir d'ordonner une expertise sur le fondement de ce texte dès lors que la compétence d'un autre magistrat n'est pas soulevée. Toutefois, la cour a considéré que cette décision, qui ne tranche pas tout ou partie du principal et qui ordonne une expertise biologique, n'est pas

susceptible d'appel (Cour d'appel Riom, 22 juin 2004, n° 04/00162). La Cour de cassation dément partiellement cette analyse dans une autre affaire. Si le juge des référés peut ordonner un examen des sangs sur le fondement de l'article précité, ce faisant il épuise sa saisine et l'appel immédiat est recevable (Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 janvier 2006, inédit, n° 05-10846).

Au vu de cette jurisprudence, la réponse à la question de savoir si le juge de la mise en état est compétent pour ordonner une expertise biologique est assez balisée. Si le pouvoir d'ordonner une expertise biologique est donné au juge des référés à titre simplement probatoire, a fortiori au juge de la mise en état qui a mission de mettre l'affaire en état d'être jugée au fond. Si le juge de la mise en état s'est vu distribuer l'affaire par le président de la juridiction c'est parce qu'une action au fond a été diligentée. Il participe à l'instruction du procès ouvert sur la filiation. Aussi doit-on approuver la solution reconnaissant en la matière la compétence du juge de la mise en état en raison de son pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction.

Le refus du pourvoi immédiat est-il pour autant fondé ? Au visa des articles 606 et suivants du code de procédure civile, la Cour de cassation observe, pour déclarer le pourvoi irrecevable, que la cour d'appel n'a pas statué au fond sur l'action relative à la filiation mais a seulement ordonné une expertise sanguine. L'analyse est exacte. Autant le juge des référés saisi sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ. épuise sa saisine en ordonnant l'expertise, autant la cour d'appel, saisie de l'action au fond, ne rend qu'un jugement avant dire droit dont le pourvoi ne peut être que différé avec l'arrêt sur le fond.

## **FILIATION : ACTION AUX FINS DE SUBSIDES ET COMMUNICATION AU MINISTERE PUBLIC**

**Le ministère public doit avoir communication des causes relatives à la filiation, cette règle d'ordre public est applicable à une action à fins de subsides.**

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2007, n° 06-16923, à paraître au bulletin**

« Sur le premier moyen :

Vu l'article 425 du nouveau code de procédure civile :

Attendu qu'en vertu de ce texte, le ministère public doit avoir communication des causes relatives à la filiation ; que cette règle d'ordre public est applicable à une action à fins de subsides ;

Attendu que l'arrêt attaqué a condamné M. X... à verser à Mme Y... à titre de subsides pour l'enfant Guillaume Y... né le 17 juillet 2001, la somme de 230 euros par mois avec indexation ;

Attendu qu'il ne résulte ni des mentions de cette décision, ni des pièces de procédure, que la cause ait été communiquée au ministère public ; que la cour d'appel n'a donc pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE ».

**NOTE :**

Le ministère public doit avoir communication des causes relatives à la filiation et celles-ci incluent l'action à fins de subsides. La solution n'est ni surprenante ni nouvelle (déjà : Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 1985, n° 84-11007, Bull. civ., I, n° 168 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 1980, Bull. civ., I, n° 243) dès lors que l'action à fins de subsides, bien que n'ayant pas pour fin la filiation, a toujours été assimilée aux actions relatives à la filiation en droit de la famille. Elle est pourtant discutable si l'on s'intéresse à la finalité distincte des actions. Si l'on peut concevoir que le ministère public ait mission de veiller au respect des règles d'ordre public dans l'établissement ou la contestation des liens de filiation, en revanche on comprend moins l'intérêt qu'il y a à veiller aux intérêts pécuniaires des parents probables de l'enfant auquel des subsides sont alloués.