



**HAL**  
open science

# L'enfant, ses parents, les tiers. Droit de la famille et minorité, point d'étape et perspectives (HDR)

Laurence Francoz Terminal

► **To cite this version:**

Laurence Francoz Terminal. L'enfant, ses parents, les tiers. Droit de la famille et minorité, point d'étape et perspectives (HDR). Droit. Université Jean Moulin Lyon 3, 2018. tel-01898852

**HAL Id: tel-01898852**

**<https://hal.science/tel-01898852v1>**

Submitted on 18 Oct 2018

**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.

**UNIVERSITE JEAN MOULIN LYON 3**  
**HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES**

Laurence FRANCOZ TERMINAL  
*Maître de conférences à l'université Jean Moulin Lyon 3*  
*Equipe de Droit International Européen et Comparé (EA-4185)*

**L'enfant, ses parents, les tiers.**  
**Droit de la famille et minorité, point d'étape et perspectives**

Rapport soutenu le 25 avril 2018

---

Membres du Jury :

- François CHÉNEDÉ  
*Professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3*
- Anatol DUTTA  
*Professeur à l'université de Munich*
- Frédérique FERRAND (garante)  
*Professeure à l'université Jean Moulin Lyon 3*
- Jacqueline FLAUSS-DIEM  
*Professeure émérite de l'université de Picardie*
- Pierre MURAT  
*Professeur à l'université Grenoble-Alpes*
- Jehanne SOSSON  
*Professeure à l'université catholique de Louvain*

Spécialités

**Droit des personnes et de la famille**  
**Droit comparé (droit anglais et droit écossais)**

**SOMMAIRE**

<b>RAPPORT EN VUE DE L'HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES .....</b>	<b>3</b>
I. L'ENFANT A L'ÉPREUVE DE LA SOCIÉTÉ .....	4
II. L'ENFANT DE ... : PARENTE ET PARENTALITÉ .....	21
III. L'ENFANT A L'ÉPREUVE DES CONJUGALITÉS .....	38
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>44</b>

## RAPPORT EN VUE DE L'HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES

Mon parcours d'enseignant chercheur a débuté en 1999, date à laquelle j'ai entrepris la rédaction de ma thèse sur « La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais ». Il peut sembler surprenant d'y revenir aujourd'hui dans le cadre de ce rapport d'habilitation à diriger des recherches mais ce point de départ a été fondateur. Ce travail de thèse, un travail de longue haleine, a véritablement été le socle sur lequel s'est construit mon parcours d'enseignant chercheur. Aujourd'hui encore, dix ans après l'obtention de mon doctorat, je continue de porter ce sujet. Les questions liées au traitement juridique de la minorité restent d'actualité et arriver à construire une réflexion d'ensemble sur la question est nécessaire.

**Problématique de la thèse de doctorat :** Dans l'enthousiasme suscité par l'adoption de la Convention internationale sur les droits de l'enfant le 20 novembre 1989, droits et capacité ont pu être confondus. Droits et pouvoirs, droits et capacité ne vont pas systématiquement de pair. Avec cette convention, l'enfant s'est vu reconnaître des droits spécifiques, lesquels sont aujourd'hui affirmés avec force, qui viennent s'ajouter à ceux dont il disposait déjà au même titre que les majeurs. Toutefois il n'a bien souvent pas la possibilité de les exercer directement. Cette donne nous a alors conduite à envisager la condition juridique du mineur non sous l'angle de ses droits mais sous l'angle de son pouvoir d'action. C'est ainsi que très naturellement ce travail de thèse s'est recentré autour de la notion de capacité juridique de l'enfant. L'insatisfaction qui s'était installée à la suite de l'étude, dans le cadre de notre mémoire de DEA, des mécanismes de droit français palliant l'incapacité du mineur, nous a incitée à examiner comment les systèmes juridiques étrangers organisaient leur régime de minorité. L'étude du droit anglais, que je connaissais pour avoir réalisé ma Maîtrise à l'Université d'Essex en Grande-Bretagne, s'est rapidement imposée. En effet, les systèmes de tradition civiliste ont une approche similaire des questions juridiques liées à la minorité du fait de leur héritage tiré du droit romain. La comparaison du système français avec un système de *common law*, afin de rechercher si d'autres mécanismes palliant l'incapacité d'exercice de l'enfant existaient dans un système de tradition juridique différente, nous est alors apparue évidente. Cependant, la comparaison de deux systèmes juridiques aussi éloignés l'un de l'autre s'est révélée une tâche difficile. Pour que la comparaison ne se résume pas à un exposé en parallèle de mécanismes fondamentalement différents, l'introduction d'un troisième système a été nécessaire. L'introduction dans nos recherches de l'étude du droit écossais, qui est un exemple de réception réussie des principes juridiques de droit civil et de *common law* dans un système de droit coutumier, nous a offert la possibilité de construire un pont entre le droit anglais et le droit français, en la matière. Les différents apports de la thèse seront redistribués tout au long de ce rapport afin d'être mis en perspective avec les différents travaux qui ont été publiés depuis.

Mes **activités d'enseignement au sein de la faculté de droit** ont, dès que cela a été possible, été orientées vers le droit des personnes et de la famille et ce à différents niveaux. Ce sont des matières que j'ai toujours beaucoup de plaisir à enseigner et ce sans lassitude. J'ai également enseigné la comparaison des droits et l'étude des systèmes juridiques étrangers, tant en Master qu'au niveau Licence désormais. Ce sont des matières qui intéressent toujours beaucoup les

étudiants et qui s'intègrent parfaitement dans la logique qui est la mienne de les inciter à l'ouverture vers des expériences universitaires étrangères, dans le cadre des programmes d'échange, ou à la comparaison des droits dans leurs travaux de recherche. Enfin, j'enseigne également le droit des obligations anglais (droit des contrats et de la responsabilité civile) dans le cadre du DU de droit anglais que je dirige.

Dans le cadre de mon **activité de formatrice** j'ai eu la chance d'être en relation avec un grand nombre de professionnels en lien avec les familles. Le contact avec des juges et des avocats a été un privilège et une source d'échanges et de discussions extrêmement valorisants. Cependant nos travaux ont également énormément progressé au contact des officiers de l'état civil, des éducateurs, des assistants sociaux et familiaux, des médecins... que j'ai pu former. Ces échanges, bien qu'encadrés dans un objectif de formation ont toujours été très riches. Ils m'ont permis par petites touches de tester, valider ou invalider certaines réflexions. Faire comprendre le cadre juridique applicable, et tenter de susciter une adhésion qui permettrait de repenser les pratiques, n'a pas toujours été facile face à des professionnels qui étaient parfois en difficulté avec leurs « jeunes ». Mais cela a été passionnant. Grâce à l'ensemble de ces professionnels, qui ont aussi à leur manière accompagné mon parcours, j'ai pu toucher du doigt la réalité vécue par un grand nombre de mineurs en France.

Les différents **apports de nos travaux de recherche** peuvent être regroupés en différentes thématiques prenant toutes comme point d'ancrage l'enfant dans sa relation à autrui, que ce soit dans sa famille ou à l'extérieur de celle-ci. En effet, en partant de la minorité et du statut juridique du mineur nos recherches ont pu s'ouvrir à des champs juridiques très différents : droit de la responsabilité civile, droit procédural, droit pénal, droit de la famille, droit des incapacités bien entendu. Ces recherches nous ont également conduite à travailler sur les structures familiales actuelles : concubinage, pacs, mariage. L'enfant étant au cœur de ces structures et la question du lien à l'enfant y étant cruciale, nous avons pu assez facilement intégrer ces études à ce rapport. Nous avons donc choisi de regrouper nos travaux autour de trois axes qui permettent de saisir la situation juridique de l'enfant dans ces différents rapports à autrui.

Nous aborderons, tout d'abord les interactions de l'enfant à l'extérieur de sa famille et son rapport à la société (I). Nous aborderons ensuite le rapport de l'enfant à sa famille, avec l'étude des problématiques liées à la parenté et à la parentalité (II). Enfin nous aborderons le rapport de l'enfant aux différentes formes de conjugalité et les conséquences de celles-ci à son égard (III).

## ***I. L'enfant à l'épreuve de la société***

Les interactions de l'enfant avec des personnes extérieures à sa famille sont multiples et elles existent dès les premières minutes de sa vie. Ces interactions sont saisies par différents champs juridiques : droit médical, droit de l'éducation, droit de la responsabilité civile, droit des assurances droit procédural... qu'il faut arriver à imbriquer pour avoir une vision d'ensemble du traitement juridique de la minorité et des principes généraux qui gouvernent cette période de la vie. Si l'objectif de ma thèse a été de réfléchir à ces principes, les travaux de recherches qui vous sont soumis dans le

cadre de ce rapport ne couvrent pas l'ensemble de ces champs. Ils peuvent être regroupés en trois catégories d'interactions : l'enfant et la responsabilité civile, qu'il soit auteur ou victime de dommage (A), l'enfant et l'incapacité, qui nous conduira à aborder la question de la participation du mineur aux décisions qui le concernent (B), enfin l'enfant et les procédures judiciaires tant civiles que pénales (C).

## A. L'enfant et la responsabilité civile

Nos premières publications, quasi concomitantes à la soutenance de notre thèse ont été réalisées dans le cadre d'une recherche comparative à destination du Centre européen de recherche sur la responsabilité civile et le droit des assurances (*European Center of Tort and Insurance Law-ECTIL*) basé à Vienne en Autriche<sup>1</sup>. Outre la participation à la rédaction du rapport français sur le thème « l'enfant et la responsabilité civile » nous avons été rapporteur des travaux au cours des deux réunions de travail qui se sont déroulées en anglais, à Tossa de Mar en Espagne, en septembre 2003 et en octobre 2005. Deux publications sont issues de cette recherche<sup>2</sup>.

Ce travail de recherche a été l'occasion pour nous de présenter au groupe de travail le mécanisme français de responsabilité de plein droit des parents du fait de leur enfant mineur, lequel a été repris à l'identique dans le cadre de la récente réforme du droit des obligations<sup>3</sup>. Nous avons également pu exposer les connexions de ce mécanisme de responsabilité civile avec le droit de l'autorité parentale et l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle de la condition de cohabitation. Ce travail nous a également permis de présenter la dualité de régimes de responsabilité civile applicables en cas de séparation parentale : le régime de responsabilité civile de plein droit pour l'un et le régime de responsabilité civile de droit commun sur le fondement d'une faute civile (faute de surveillance) pour l'autre. La question de la responsabilité personnelle de l'enfant dans ce schéma a également été évoquée. Au moment de la publication de ce travail, le régime de la résidence alternée de l'enfant après séparation était entré depuis peu dans le Code civil<sup>4</sup>, et cela a pu susciter des interrogations quant à l'évolution de l'interprétation de la notion de cohabitation. **Nous avons à cette époque envisagé la réactivation du principe de cohabitation matérielle pour déterminer lequel des parents était responsable de plein droit dans les situations où le droit de visite avec l'enfant ne se limitait pas à un droit de contact ou encore lorsque la résidence alternée était ordonnée**<sup>5</sup>.

Dans la deuxième partie de ce travail, consacrée à l'enfant victime d'un dommage, nous avons personnellement traité les questions relatives à la faute de la victime dans le mécanisme de

<sup>1</sup> L'ECTIL est toujours un centre de recherche actif, v. site <http://www.ectil.org/>

<sup>2</sup> L. Francoz Terminal, F. Lafay, C. Pellerin-Rugliano : « Children as Tortfeasors under French Law » (outre une révision de l'ensemble j'ai personnellement rédigé la partie **III. Liability of parents** p. 193-205), in Miquel Martín-Casals (ed.) : *Children in Tort Law, Part I : Children as Tortfeasors*, Springer-Verlag/Wien 2006, 169, v. **Annexe 1**.

<sup>3</sup> V. art. 1242 al. 4 nouveau du Code civil introduit par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

<sup>4</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>5</sup> L. Francoz Terminal, F. Lafay, C. Pellerin-Rugliano : « Children as Tortfeasors under French Law » préc. note 130, p. 197. v. **Annexe 1**, p. 17.

responsabilité civile<sup>6</sup>. Nous avons travaillé notamment sur les conséquences de la faute de surveillance du parent en charge de l'enfant victime quant à la détermination du montant de l'indemnisation due à ce dernier. **Afin de garantir une parfaite indemnisation de l'enfant victime, nous avons proposé d'écarter la faute de surveillance de l'appréciation du montant de l'indemnisation due à l'enfant victime, y compris lorsqu'elle a contribué à son préjudice, tout en laissant ouverte la possibilité d'une action récursoire de l'auteur du dommage à l'encontre du parent fautif<sup>7</sup>.** Nous avons également abordé dans ce travail l'interaction des mécanismes de responsabilité civile avec les polices d'assurances type « responsabilité civile chef de famille » ou « assurances de personnes » qui couvrent les dommages que l'assuré se cause à lui-même. La question de l'indemnisation de la perte de chance chez l'enfant, et des limites jurisprudentielles qui ont été posées à son évaluation notamment au regard de sa vie professionnelle future, a également été abordée dans le cadre de ce travail de recherche.

L'occasion de publier à nouveau en droit de la responsabilité civile ne s'est pas présentée depuis, cependant ce champs juridique est l'un de ceux que j'enseigne avec beaucoup d'intérêt dans le cadre du DU de droit anglais de l'IDCEL<sup>8</sup>. Ce cours me permet de présenter aux étudiants les mécanismes essentiels du droit de la responsabilité civile extracontractuelle en *common law*.

L'étude des interactions du mineur à l'extérieur de sa famille passe inévitablement par celle de la place de l'enfant dans la mise en œuvre des mécanismes palliant son incapacité. Cette thématique qui était celle de ma thèse est restée un thème central de mes recherches post-doctorales.

## B. L'enfant et l'incapacité

Les interactions de l'enfant à l'extérieur de sa famille sont nombreuses. Le droit de l'autorité parentale nous permet de saisir en partie la question lorsque celle-ci est abordée sous l'angle de la relation parentale et de la coparentalité. Il ne nous permet cependant pas d'avoir une vision exhaustive des mécanismes à l'œuvre. Le droit de l'administration légale nous permet également de nous saisir de cette question, mais là encore seulement de manière partielle car il ne régit que le rapport de l'enfant à son patrimoine. Dans notre thèse nous avons traité de la question de la capacité du mineur et de la place qui était la sienne dans le jeu du mécanisme de représentation légale, et ce dans une approche comparative. Cependant nos réflexions se sont poursuivies dans le cadre de travaux qui n'ont pas forcément fait l'objet d'une publication. Notre audition en 2013 par le groupe de travail « De nouveaux droits pour les enfants » dirigé par Jean Pierre Rosenczweig nous a conduite à retravailler la question de la participation de l'enfant à la décision d'autorité parentale afin de présenter à la commission une approche plus théorisée de cette participation. Dans cette

<sup>6</sup> L. Francoz Terminal, F. Lafay, O. Moréteau, C. Pellerin-Rugliano : « Children as Victims under French Law » (outre une révision de l'ensemble j'ai personnellement rédigé la partie **V. Miscellaneous** qui traite principalement de la faute de la victime dans le mécanisme de responsabilité et d'indemnisation, v. pp. 101-109 et **VI. Insurance Matters**, v. pp. 109-112, Miquel Martín-Casals (ed.) : *Children in Tort Law, Part II : Children as victims*, Springer-Verlag/Wien 2007, 89 v. **Annexe 1**.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 103, v. **Annexe 1**, p. 36.

<sup>8</sup> V. CV joint à ce rapport.

perspective nous avons recentré les apports de la thèse sur le droit français tout en amenant la comparaison par petites touches, afin de les rendre plus facilement exploitables dans la perspective d'une réforme qui était celle de la commission à cette époque. Certes l'écho donné à ce travail s'est révélé plus que limité, mais il a pu être en partie présenté dans le cadre des assises nationales des avocats d'enfants en 2014, ou encore plus récemment dans le cadre de programmes de formation continue. Afin de vous présenter un point d'étape de mon travail de recherche il nous est apparu essentiel d'intégrer ces apports à ce rapport.

## 1. La collaboration de l'enfant à la décision parentale qui le concerne

Il est possible de mettre en évidence plusieurs niveaux de collaboration de l'enfant à l'acte. Ceux-ci peuvent être regroupés en deux catégories. En premier lieu une collaboration d'information, qui permet le recueil de l'avis de l'enfant (a). En second lieu une collaboration de participation, qui permet le recueil du consentement de l'enfant, lequel n'a pas toujours la même valeur (b).

### a. La collaboration d'information

Le recueil de **l'avis de l'enfant** dépasse la question de la capacité juridique et l'expression de cet avis est garantie dès lors que le mineur est capable de discernement. La participation de l'enfant à la décision est ainsi garantie par l'audition de l'enfant dans les procédures judiciaires<sup>9</sup>, dans l'exercice de l'autorité parentale au quotidien<sup>10</sup>, en droit de la santé<sup>11</sup>, en matière scolaire<sup>12</sup>. La participation de l'enfant en sa qualité d'élève aux différents conseils permanents de son établissement scolaire est également organisée<sup>13</sup>, tout comme sa participation accrue à la vie publique par l'organisation des conseils municipaux d'enfants et la réunion annuelle du Parlement des enfants<sup>14</sup>. L'avis de l'enfant est dénué de toute force juridique, il est un élément d'appréciation qui devra être pris en compte par le décisionnaire.

### b. La collaboration de participation

Au-delà de l'avis, le **consentement de l'enfant** est la matérialisation dans certains cas d'un seuil de capacité juridique. Nous pouvons mettre en évidence deux formes de consentement : le consentement d'adhésion auquel aucune force juridique n'est attachée, et le consentement à valeur d'autorisation auquel un droit de veto est attaché.

---

<sup>9</sup> Art. 388-1 du Code civil.

<sup>10</sup> Art. 371-1 du Code civil.

<sup>11</sup> Art. L1111-2 al. 4 du Code de la santé publique.

<sup>12</sup> Art. L331-7 al. 2 du Code de l'éducation.

<sup>13</sup> Décret n° 2008-263 du 14 mai 2008.

<sup>14</sup> <http://www.parlementdesenfants.fr/a-la-une/l-edition-2017-2018-du-parlement-des-enfants-est-lancee-!> [consultation le 19/11/2017].



### α. Le consentement d'adhésion

Le **consentement d'adhésion** est celui que nous retrouvons en **matière médicale**<sup>15</sup>. Deux situations doivent être distinguées. Premièrement, celle où l'enfant consent avec ses parents à la décision médicale. Dans cette situation aucune difficulté juridique ne se pose. Deuxièmement, celle où l'enfant refuse de consentir au traitement, et dans ce cas les choses se compliquent. En effet, nous l'avons exposé dans notre thèse, si les parents et l'enfant s'opposent au traitement médical, le front commun permettra bien souvent de contrer la volonté médicale dès lors que cette position est la manifestation d'une demande d'alternative thérapeutique. Nous pouvons regretter encore aujourd'hui que le droit médical ne se soit pas encore pleinement saisi de la distinction qui est faite en droit entre le soin et le traitement. Nos différents échanges avec des médecins ou autres professionnels de santé dans le cadre de nos actions de formations continue nous ont clairement permis de constater l'absence de cadre en la matière. Il n'existe visiblement pas de position claire sur la question, ce qui est regrettable.

Si l'enfant mature refuse un traitement médical auquel ses parents ont consenti, le caractère très clairement facultatif du consentement de l'enfant permet aux médecins de passer outre ce refus dès lors qu'ils ont l'aval des représentants légaux. L'article L1111-4 du Code de la santé publique dispose que le consentement de l'enfant « doit systématiquement être recherché ». **Cet article ne nous dit pas qu'un tel consentement doit être obtenu pour libérer l'acte du médecin**. Par ailleurs, depuis la loi Kouchner de 2002, le juge des enfants peut autoriser un traitement médical contre la volonté des parents dès lors que le refus de traitement risque « d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur »<sup>16</sup>. *A fortiori*, les médecins peuvent se dispenser de l'aval du mineur dès lors qu'ils ont obtenu l'aval du représentant légal.

Le champ de l'expression de ce consentement est celui où l'interaction entre le droit des incapacités et le droit de l'autorité parentale est la plus forte. La protection de la santé de l'enfant fait partie des obligations parentales qui justifient le pouvoir de décision dont ils sont investis en la matière<sup>17</sup>. Cependant, les autres champs de collaboration ne répondent pas tous à la même logique.

### β. Le consentement-autorisation

Dans le cadre de notre thèse nous avons pu mettre en évidence que le consentement de l'enfant était assorti d'un **droit de veto** lorsque ses représentants autorisent la réalisation d'actes qui touchent à son individualité ou qui portent atteinte à son intégrité physique sans finalité thérapeutique pour lui. Nous retrouvons ici **un seuil d'âge fixé à treize ans** dans l'exercice de cette capacité à exercer un veto sur la décision parentale.

Dans la **catégorie des actes relatifs à l'individualité du mineur** nous retrouvons tout d'abord les actes qui visent à une modification de son état : son adoption<sup>18</sup>, la modification de son nom<sup>19</sup>, de

<sup>15</sup> Art. L1111-4 al. 6 du Code de la santé publique.

<sup>16</sup> Art. L1111-4 al. 6 du Code de la santé publique.

<sup>17</sup> Art. 371-1 al. 2 du Code civil.

<sup>18</sup> Arts. 345 al. 3, 360 al. 4 et 413-6 al. 2 du Code civil.

son prénom<sup>20</sup> ou encore de sa nationalité<sup>21</sup>. L'individualité du mineur se prolonge dans les talents dont il serait doté, aussi nous rattachons à cette catégorie les dispositions qui garantissent la participation du mineur à divulgation de son œuvre<sup>22</sup>.

**Les atteintes à l'intégrité physique de l'enfant sans bénéfice thérapeutique pour lui** sont autorisées sous condition. Elles impliquent une participation active de l'enfant à l'acte. Le Code de la santé publique interdit le prélèvement d'organes ou de produits du corps humain sur une personne vivante mineure<sup>23</sup>. Une seule exception à cette interdiction a été posée, elle concerne le prélèvement de moelle osseuse effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur, en l'absence d'autre solution thérapeutique. À titre exceptionnel, ce prélèvement peut être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce<sup>24</sup>. Si l'enfant donneur est en bas âge, son consentement à l'acte n'est pas expressément requis. Toutefois, l'autorisation définitive à cet acte est toujours donnée par un comité d'experts<sup>25</sup>. Si le mineur est capable de discernement, le refus de consentir est assorti d'un droit de veto qui fait obstacle au prélèvement<sup>26</sup>. La réalisation d'une recherche biomédicale sur un mineur ou bien d'un prélèvement de sang ou de ses composants, en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui est autorisée dans des conditions identiques<sup>27</sup>.

**Ces différents mécanismes de participation viennent atténuer le jeu de la représentation légale durant la minorité en permettant à l'enfant d'être associé à la décision qui le concerne.** Nous avons pu mettre en avant dans notre thèse que **le mécanisme de représentation est parfois écarté pour laisser la place à un régime d'assistance et d'autorisation.** Un changement de perspective s'opère alors, l'enfant devient juridiquement capable d'agir mais il ne pourra le faire qu'avec l'accord ou l'assistance de ses représentants légaux.

## 2. La collaboration parentale à l'acte réalisé par l'enfant

Durant la minorité, **le mécanisme de la représentation légale est parfois écarté pour la réalisation de certains actes.** Les parents de l'enfant, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, seront associés à la réalisation d'actes qui ne pourront être accompli que par l'enfant personnellement. La participation parentale à l'acte peut prendre deux formes : **une assistance de l'enfant** dans ses démarches ou une **autorisation à agir** donnée à l'enfant. Toutefois, l'effet juridique de ces deux mécanismes est identique. Ils investissent tous deux le mineur d'une capacité d'exercice de nature spéciale.

<sup>19</sup> Art. 61-3 du Code civil.

<sup>20</sup> Art. 60 du Code civil.

<sup>21</sup> Art. 21-11 du Code civil.

<sup>22</sup> Art. L132-7 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>23</sup> Arts. L1231-2 et L. 1241-2 du Code de la santé publique.

<sup>24</sup> Art. L1241-3 du Code de la santé publique.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Art. L1241-3 al. 4 du Code de la santé publique

<sup>27</sup> Art. L1121-7 du Code de la Santé Publique.

### a. Le domaine de l'assistance

Nous retrouvons dans cette catégorie des **actes complexes qui ont un caractère technique**, tels que l'action en justice devant le conseil de prud'hommes<sup>28</sup> ou encore la signature d'un contrat de mariage, dans l'hypothèse où ce dernier aurait été autorisé<sup>29</sup>. Cette capacité accompagne celle de travailler ou de se marier qui sont toutes deux soumises à autorisation<sup>30</sup>. Le champ d'action couvert par le régime de l'assistance est très restreint en pratique et il ne correspond pas à la vie qui est vécue par l'immense majorité des mineurs aujourd'hui en France. Le domaine de l'autorisation en revanche, est autrement plus vaste et permet véritablement d'accompagner le mineur dans son apprentissage de l'autonomie.

### b. Le domaine de l'autorisation

Le domaine régi par le mécanisme de l'autorisation parentale **recouvre des actes qui impliquent tous une action ou un engagement personnel de l'enfant**.

Nous retrouvons tout d'abord dans ce domaine la captation de l'image ou la divulgation d'éléments relatifs à la vie privée de l'enfant. Envisager ces questions uniquement sous l'angle de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas satisfaisant. Les mineurs ont à leur disposition aujourd'hui tous les outils nécessaires pour se photographier et dévoiler leur vie privée. Par conséquent les atteintes sont plus rarement le fait de tiers qui n'auraient pas sollicité d'autorisation parentale, que le fait des mineurs eux-mêmes. Réintégrer dans le débat le droit des incapacités nous semble une évidence aujourd'hui afin de garantir une meilleure protection des adolescents. Rappeler que le consentement du mineur à la captation de son image ou à la divulgation d'éléments relatifs à sa vie privée est inopérant<sup>31</sup> (ces actes étant de ceux qui doivent être autorisés par ses représentants légaux) semblera cependant au plus grand nombre complètement désuet. En effet, la rupture générationnelle est totalement consommée en la matière et l'immense majorité des mineurs agit de manière autonome dans leur rapport à l'image et aux réseaux sociaux. La prévention est cruciale tout le monde en convient, cependant force est de constater le laisser faire qui s'est installé, de manière très pragmatique, dans bon nombre de familles, faute pour les parents d'avoir les moyens d'exercer véritablement leur autorité en la matière. Il n'empêche que la protection juridique demeure et qu'elle devrait pouvoir être réactivée devant les juridictions en tant que de besoin pour faire cesser les atteintes lorsqu'elles existent. Le cadre légal<sup>32</sup> et jurisprudentiel<sup>33</sup> sur la question s'applique indépendamment du support ayant permis l'atteinte et devrait en toute logique s'appliquer aux atteintes réalisées par voie électronique sur les réseaux sociaux. Quant à la cession de droits d'auteur, que ces réseaux organisent par l'acceptation de leurs conditions d'utilisation ou

<sup>28</sup> Art. L1453-1 du Code du travail.

<sup>29</sup> Art. 1398 du Code civil.

<sup>30</sup> V. *infra*.

<sup>31</sup> V. la jurisprudence tirée de l'affaire Russier : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1972, *JCP G* 1972, II, 17209, concl. Lindon.

<sup>32</sup> Art. 9 du Code civil.

<sup>33</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1972, préc.

l'inscription au site<sup>34</sup>, sa nullité tirée de l'incapacité du mineur à passer seul des actes de disposition n'a pas été suffisamment relayée pour atteindre le grand public. Cependant, le cadre des recours possibles est clair si cette question devait être analysée en prenant le droit des incapacités comme ancrage.

Le domaine régi par le régime de l'autorisation parentale englobe également l'engagement militaire<sup>35</sup>, l'engagement du mineur par un contrat de travail<sup>36</sup> ou d'apprentissage<sup>37</sup>, le volontariat associatif<sup>38</sup> et le droit d'association<sup>39</sup>. Ce sont des champs qui nécessitent tous une implication personnelle forte et durable du mineur. Enfin, selon le degré d'autonomie que les parents sont prêts à accorder à leur enfant nous retrouvons dans cette catégorie l'ensemble des actes qu'un adolescent souhaiterait réaliser seul relativement à sa personne, ainsi que l'ensemble des actes médicaux qui seraient sollicités par le mineur sans demande de secret. Ces actes doivent être autorisés, y compris l'interruption volontaire de grossesse<sup>40</sup>. Cependant, dans le cadre tout particulier de la demande d'IVG, le consentement parental exigé n'est ici qu'un consentement d'adhésion<sup>41</sup>. En effet, à la demande de la mineure, il peut être passé outre si l'autorisation à l'acte est refusée.

La mise en lumière de ces outils de collaboration entre l'enfant et ses parents dans la prise de décision nous avait conduite à faire des **propositions en faveur de l'instauration d'une curatelle des mineurs** dans le cadre de notre thèse. Nous avons proposé que, sauf altérations de leurs facultés mentales ou corporelles, les mineurs entrent automatiquement dans ce nouveau régime à l'âge de quatorze ans. Cette proposition prenait appui sur le fait que les mineurs disposent habituellement à cet âge de la capacité intellectuelle de comprendre les implications des actes qui les concernent et sont généralement à même d'y prendre une part active. C'est aussi pour bien des enfants un âge charnière dans leur scolarité, puisque beaucoup d'entre eux se trouvent à cet âge en fin de cycle au collège. C'était également en 2007 à compter de cet âge que l'enfant était autorisé à quitter le cycle d'une scolarité traditionnelle pour se tourner vers la voie de l'apprentissage professionnel<sup>42</sup>. Par ailleurs, ce seuil d'âge m'apparaissait alors cohérent au regard de l'origine des mécanismes tirée du droit romain.

**Aujourd'hui, par cohérence avec les dispositions qui régissent le droit pénal applicable au mineur, le seuil d'âge de treize ans nous apparaît beaucoup plus pertinent. En effet, à ce seuil de**

<sup>34</sup> Voir pour le réseau Facebook : « For content that is covered by intellectual property rights, like photos and videos (IP content), you specifically give us the following permission, subject to your privacy and application settings: you grant us a non-exclusive, transferable, sub-licensable, royalty-free, worldwide license to use any IP content that you post on or in connection with Facebook (IP License). This IP License ends when you delete your IP content or your account unless your content has been shared with others, and they have not deleted it. », Art. 2.1 des conditions générales d'utilisation : <https://www.facebook.com/legal/terms> [consultation le 23/11/2017].

<sup>35</sup> Art. L4132-1 du Code de la Défense.

<sup>36</sup> Art. L4153-3 du Code du travail et les dispositions spécifiques relatives à l'emploi de l'enfant dans les professions du spectacle ou le mannequinat, v. notamment Art. R.7123-2 du Code du travail.

<sup>37</sup> Art. L6224-1 du Code du travail.

<sup>38</sup> Art. 3 de la Loi n° 2006-586 du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif.

<sup>39</sup> Art. 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 tel qu'amendé par l'article 45 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

<sup>40</sup> Art. L2212-7 du Code de la santé publique.

<sup>41</sup> Sur cette notion v. *supra* p. 16 de ce rapport.

<sup>42</sup> Formation apprenti junior qui a aujourd'hui été remplacée par un autre dispositif, le DIMA : Dispositif d'Initiation aux Métiers en Alternance ouvert désormais au mineur de 15 ans sur autorisation parentale.

« **capacité** » en droit pénal<sup>43</sup> pourrait répondre l'accès à un seuil de **capacité en droit civil**. Ce seuil d'âge existe également déjà en droit civil puisque c'est celui à compter duquel l'enfant dispose d'un pouvoir de veto sur les décisions parentales relatives à son état<sup>44</sup>. **Sous réserve de ces aménagements nous soutenons encore aujourd'hui la mise en place d'un régime de curatelle des mineurs, qui permettrait de donner une véritable cohérence d'ensemble aux mesures éparses qui organisent déjà leur statut juridique.** Le mécanisme de représentation légale ne serait pas pour autant supprimé pour les mineurs de plus de treize ans, mais réservé à ceux qui souffrent d'une altération de leurs facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté.

## C. L'enfant et les procédures judiciaires

La spécificité de la matière procédurale implique que son traitement soit distingué des autres champs juridiques de la minorité. En effet, si le mécanisme de la représentation légale a vocation à régir un grand nombre de procédures, il ne permet pas de saisir la spécificité des procédures familiales où l'enfant n'est pas partie, ni celles qui se déroulent devant les juridictions pour mineurs et qui visent à sa protection ou à sa sanction. La nécessité de cette distinction, qui nous était déjà apparue dans le cadre de nos recherches doctorales, s'est confirmée par la suite. L'étude de la capacité procédurale du mineur s'est poursuivie au-delà de la thèse, dans le cadre de travaux de recherche que nous vous présentons en annexe à ce rapport. Nous aborderons tout d'abord la place qui est accordée à l'enfant dans les procédures civiles (1) puis celle qui lui est accordée dans les procédures pénales (2).

### 1. L'enfant et les procédures civiles

Une partie entière de mon travail de thèse a été consacrée à la question de **la capacité procédurale du mineur et à celle de sa participation dans les procédures judiciaires qui le concernent**<sup>45</sup>. En effet, à ce titre les facteurs émancipateurs apparaissent multiples et distincts d'un système à un autre. La comparaison entre les systèmes anglais, français et écossais nous avait permis de mettre en évidence que, de manière spécifique à la **France** et à **l'Écosse**, la situation de danger dans laquelle se trouve le mineur le relevait de son incapacité procédurale dans les instances qui visent à sa protection, assistance éducative ou *Children's Hearing*. En revanche, les trois systèmes ont en commun de donner la capacité procédurale au mineur parent, afin de lui permettre de représenter en justice les intérêts de son enfant. Par ailleurs, la procédure devant la Cour européenne des droits de l'Homme compte, dans les trois systèmes, parmi celles auxquelles le mineur peut être partie sans représentation.

<sup>43</sup> V. *infra* p. 27 de ce rapport.

<sup>44</sup> V. *supra* p. 17 de ce rapport.

<sup>45</sup> L. Francoz Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, coll. European Family Law Series vol. 21, Stämpfli-Intersentia, 2008, pp. 229 et s.

Notre travail de thèse a permis de mettre en évidence que dans les trois systèmes étudiés, lorsque l'enfant est partie à une procédure, sa représentation à l'instance est le principe. Sa participation directe et active au déroulement de la procédure est l'exception. Cependant nous avons pu mettre en lumière que la nature du mécanisme de représentation n'était en droit anglais pas la même que dans les droits français et écossais. En effet, en **droit anglais** depuis 1999, la fonction de représentation du mineur dans une instance est assurée par le *litigation friend*. Or cette fonction n'a jamais été envisagée dans ce système comme une prérogative attachée à l'exercice de pouvoirs parentaux. Toute personne remplissant les conditions pour l'exercer peut de sa propre initiative, ou par décision de justice, être le *litigation friend* d'un enfant partie à une instance. Si le *common law* accorde aux parents une préférence dans l'exercice de cette fonction, celle-ci peut aussi être valablement exercée par une personne qui n'est pas titulaire de la responsabilité parentale sur l'enfant (beau-parent, assistant familial ou encore les personnes ayant *de facto* pris en charge l'enfant). Ainsi, cette fonction peut être spontanément exercée par toute personne majeure, disposant des compétences nécessaires pour conduire impartialement une procédure judiciaire au nom et pour le compte de l'enfant, et s'étant engagée à payer les frais inhérent à la procédure.

**Cet apport nous permet aujourd'hui d'alimenter nos réflexions quant aux formes possibles d'évolution de cette fonction de représentation et de questionner son double rattachement en droit français à la filiation et à l'exercice de l'autorité parentale<sup>46</sup>.**

S'il apparaît que si la représentation en justice de l'enfant par un tiers s'est généralisée en droit anglais, dans les **droits français et écossais**, en revanche, elle est soumise à la nécessité soit de suppléer l'incapacité du parent de l'enfant ou son inexistence, par l'ouverture d'une tutelle, soit de résoudre l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents, avec la désignation d'un représentant *ad hoc*. L'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant légal limite l'exercice par ce dernier de son pouvoir de représentation. Dans ce cas, le juge désigne à l'enfant un *curator ad litem* en **droit écossais** ou un administrateur *ad hoc* en **droit français**, qui sera alors spécialement chargé de représenter les intérêts de l'enfant dans la procédure.

L'intervention et les missions de l'administrateur *ad hoc* en **droit français**, faute pour cet acteur du procès et de la représentation de substitution d'avoir un véritable statut, sont encore aujourd'hui sujettes à des interrogations pratiques. En effet, en raison de sa dualité selon qu'il intervient dans le cadre d'un acte ou d'une procédure civile ou bien dans celui d'une instance pénale, les contours de son intervention diffèrent. Aussi, si l'administrateur *ad hoc* pénal a vocation à intervenir dans le domaine de la protection de la personne de l'enfant et de l'autorité parentale, en revanche, l'intervention de l'administrateur *ad hoc* civil est restreinte au domaine de l'administration légale. Dans le cadre spécifique du procès pénal, le critère de désignation a été adapté afin de permettre de protéger au mieux les intérêts de l'enfant victime. Le critère de l'opposition d'intérêts, trop restrictif dans sa mise en œuvre, a été abandonné au profit de celui de la défaillance dans la protection de l'intérêt de l'enfant. Sous une dénomination commune ont été regroupés deux mécanismes de représentation substituée, au champ d'application et à la portée bien distincts. Par ailleurs, il est important de prendre garde à ce que les juridictions ne recourent pas à l'administrateur *ad hoc* par facilité, dans des hypothèses où l'enfant dispose déjà d'une capacité juridique pleine et entière, en

---

<sup>46</sup> Art. 382 du Code civil.

assistance éducative notamment, sauf à ce que l'absence de discernement de l'enfant ne lui permette pas d'exercer les pouvoirs qui lui ont été reconnus.

Force est de constater qu'aujourd'hui encore il reste **beaucoup de choses à affiner et à perfectionner dans le mécanisme de la représentation légale de substitution**. L'intervention de l'administrateur *ad hoc* est loin d'être maîtrisée en pratique. C'est donc l'une des thématiques que nous avons proposée aux étudiants de deuxième année de Master pour sujet de mémoire<sup>47</sup>. Ce travail a d'ailleurs reçu un accueil très enthousiaste des praticiens que l'étudiante a pu rencontrer.

La question de l'audition de l'enfant a été largement traitée dans notre travail de thèse<sup>48</sup>. Cependant en 2009, à la suite de l'adoption le 20 mai de nouveaux textes réglementaires relatifs à l'audition du mineur<sup>49</sup>, nous avons eu l'occasion de travailler à nouveau sur le régime de l'audition de l'enfant. Dans le cadre d'un article<sup>50</sup>, nous avons présenté la réforme du régime de l'audition de l'enfant et pu apprécier les modifications apportées au cadre procédural de l'audition. Nous avons également pu échanger avec des juges sur leurs pratiques professionnelles d'audition et les confronter aux techniques de droit anglais et de droit écossais en la matière, dans le cadre de nos interventions en formation continue à l'ENM sur la thématique : « La parole de l'enfant en justice. Fondements, principes et évolution législative. Éléments de droit comparé »<sup>51</sup>.

Nous ne pouvons que constater que les dispositions qui organisent le recueil de la parole de l'enfant dans le cadre d'une audition manquent de nuance. En effet, le texte le plus abouti en la matière reste l'article 388-1 du Code civil qui organise, pour l'immense majorité, des auditions réalisées par le juge aux affaires familiales. Les auditions effectuées par une juridiction pénale ou par le juge des enfants dans le cadre de la procédure d'assistance éducative<sup>52</sup>, ou encore par le juge des tutelles des mineurs dans le cadre d'une procédure d'émancipation<sup>53</sup>, ne sont pas couvertes par le régime mis en place.

Dans le cadre de ces procédures, l'audition de l'enfant, plus qu'un droit pour ce dernier, est une obligation légale. Sa réalisation s'impose tant à l'enfant qu'au juge. Par conséquent, celui-ci ne peut mandater un tiers pour sa réalisation. Le régime de l'audition des mineurs victimes d'infractions pénales est, par ailleurs, spécifiquement organisé par les dispositions de l'article 706-53 du Code de procédure pénale. La disparité des pratiques se mesure à l'aune de la différence de nature qui existe

<sup>47</sup> Caroline SCHOELER : *L'administrateur ad hoc, remède efficace ou placebo*, M2 droit de la famille 2016-2017.

<sup>48</sup> L. Francoz Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, coll. European Family Law Series vol. 21, Stämpfli-Intersentia, 2008, n° 333 et s.

<sup>49</sup> Décret n° 2009-572, 20 mai 2009, *JO* 24 mai 2009, p. 8649. Arrêté du 20 mai 2009 pris en application de l'article 3 du décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JO* 24 mai 2009, p. 8650.

<sup>50</sup> L. Francoz Terminal, « Le nouveau régime de l'audition de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr Fam.*, septembre 2009, étude n° 29, pp. 15-20, v. **Annexe 2**. Nous avons également traité de manière récurrente de l'actualité législative et jurisprudentielle sur la question dans notre chronique annuelle d'actualité sur le droit de la famille en France (en collaboration avec Madame le professeur Ferrand) pour la revue allemande *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht-FamRZ* vol 18, 2008, 2010 et 2014, v. **Annexe 14**.

<sup>51</sup> V. CV joint.

<sup>52</sup> L'article 1183 al. 1<sup>er</sup> *in fine* du Code de procédure civile fait de l'audition de l'enfant par le juge une obligation légale, dans la phase d'instruction d'une procédure d'assistance éducative, sauf à ce que « l'âge ou l'état » du mineur ne lui permette pas. L'audition de l'enfant au jour de l'audience, prévue par ce même article, a quant à elle été interprétée par la jurisprudence comme revêtant un caractère facultatif, voir en ce sens : Cass. civ. 1<sup>re</sup> 29 mai 1985, *Bull. civ.*, I, n° 164 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 756 ; *Deffrénois* 1985, 1398 note Massip.

<sup>53</sup> Art. 477 du Code civil.

entre les procédures où l'audition est possible. En effet, pour le juge, les résultats attendus d'une audition d'enfant ne seront pas les mêmes selon que l'on recueille son avis ou son consentement, selon que l'enfant est partie ou intéressé à l'action<sup>54</sup> ou seulement concerné par la procédure<sup>55</sup>.

**Par ailleurs, l'exercice par l'enfant de son droit à l'audition est aujourd'hui à repenser dans le cadre des procédures familiales, à la lumière des conséquences procédurales induites dans le divorce de ses parents.** Si le nouvel article 229-2 du Code civil rappelle que l'audition de l'enfant est un droit pour ce dernier, l'exercice de ce droit déterminera purement et simplement l'orientation procédurale du divorce parental. Cette nouvelle donne est bien éloignée des principes originels.

Dans le cadre de notre dernière chronique d'actualité à la *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, nous avons présenté et commenté la **nouvelle procédure de divorce par acte sous seing privé**<sup>56</sup>. À cette occasion, nous avons pu émettre des critiques quant à la place accordée à l'enfant dans ce nouveau dispositif. Certes, la notification écrite à l'enfant discernant de son droit à être entendu par un juge ne nous semble pas devoir poser de réelle difficulté et est en adéquation avec nos propositions de thèse. En revanche faire de l'exercice de ses droits par l'enfant le pivot de l'orientation procédurale du divorce de ses parents est on ne peut plus critiquable. En effet, le Décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 insère un article 1144 au Code de procédure civile, en vertu duquel l'information de l'enfant discernant de son droit à être entendu est réalisée au moyen d'un formulaire l'informant de son droit et des « *conséquences de son choix sur les suites de la procédure* ». En toute logique le modèle de formulaire créé par la Chancellerie applique à la lettre cette exigence du législateur. Cependant la reformulation à la première personne est glaçante : « *J'ai compris que, suite à ma demande, un juge sera saisi du divorce de mes parents* ». Les mots nous manquent presque devant le traitement réservé à l'enfant par le législateur dans la procédure de séparation parentale, lequel lui donne une place insupportable et hautement culpabilisante. À quel besoin répond le fait de placer l'enfant devant les conséquences de l'exercice de son droit, si ne n'est pour limiter la tentation qui pourrait être la sienne de l'exercer afin d'éviter une réorientation de la procédure vers le juge ? Nous sommes prête à entendre toute justification qui nous permettrait de ne pas voir dans ces dispositions le cynisme le plus révoltant.

Nous nous en remettons donc aux avocats, qui se retrouvent désormais en première ligne dans ce type de divorce, lesquels s'en remettent bien volontiers aux parents pour présenter les choses à l'enfant et lui faire signer ce document, à charge pour ces derniers de dédramatiser la situation. Les parents sont sans doute les meilleurs protecteurs de l'intérêt de leurs enfants<sup>57</sup>, et ce serait il est vrai faire preuve d'un grand pessimisme que d'imaginer le contraire. **Cependant, nous ne pouvons nous empêcher de penser que le droit de l'enfant à voir ses opinions prises en considération sur les questions qui l'intéressent est fragilisé dans ce nouveau dispositif, dès lors qu'à l'exercice de ce droit est attaché un enjeu procédural. Par ailleurs, l'absence de garantie, dans**

<sup>54</sup> Voir notamment les procédures qui requièrent le consentement de l'enfant à l'acte envisagé : changement de nom (arts. 61-3 al. 1<sup>er</sup> et 311-23 du Code civil), de prénom (art. 60 al. 2 du Code civil), son adoption (arts. 345 et 360 du Code civil) et dans une moindre mesure son émancipation (art. 413-2 du Code civil).

<sup>55</sup> Art. 388-1 du Code civil.

<sup>56</sup> F. Ferrand et L. Francoz Terminal « Actualité sur le droit de la famille en France 2016-2017 : « *Beträchtliche Neuigkeiten im französischen Familienrecht 2016-2017* », dans la revue allemande *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRZ* 18/2017, 1456-1459, v. **Annexe 14**.

<sup>57</sup> « Il y a injure gratuite à présumer que des parents en s'occupant de leur enfant, n'ont pas envisagé son intérêt » J. Carbonnier, note sous TGI Versailles, 24 septembre 1962, *D.* 1963, p. 54.



**cette nouvelle procédure, du fait que l'intérêt de l'enfant soit la considération supérieure dans la convention de divorce sur les questions qui l'intéressent nous interroge également.** Que dans un souci d'économie bien légitime, une simplification des procédures d'homologation judiciaire puisse être mise en place lorsqu'il s'agit d'homologuer des accords parentaux est tout à fait acceptable. Mais que l'on se dispense purement et simplement d'un tel contrôle est grandement critiquable au regard de nos engagements européens et internationaux. Le notaire n'ayant dans cette nouvelle procédure qu'un rôle d'enregistrement, nous ne pouvons désormais que nous en remettre au professionnalisme des avocats pour espérer que les intérêts des enfants qui seront impliqués dans le divorce conventionnel de leurs clients soient dûment pris en considération dans le cadre de la convention de divorce.

**En effet, nous ne devons pas oublier que si l'audition est un droit de l'enfant, c'est aussi le moyen de lui permettre de participer à la détermination de son intérêt, critère légal de décision du juge.** Si l'audition du mineur n'est pas soumise au régime procédural des mesures d'instruction, il n'en demeure pas moins qu'elle pourra apporter au juge des éléments supplémentaires d'appréciation dans l'affaire qu'il doit juger. La réforme de l'audition de l'enfant en 2009 a contribué à l'homogénéisation des pratiques judiciaires quant à la forme de l'audition et quant au rôle de l'avocat dans le cadre de celle-ci. Il faut, aujourd'hui, que l'attention du législateur se porte sur les pratiques en vigueur en matière d'information de l'enfant et d'évaluation de son discernement. En effet, sans rendre objective l'évaluation du discernement chez l'enfant, nous pensons qu'une homogénéisation des pratiques pourrait être garantie. La mise en œuvre d'une **présomption de discernement**<sup>58</sup>, que nous préconisons, est une piste à suivre. Le renforcement de l'information de l'enfant sur ses droits a d'ailleurs été recommandé dans le rapport du Défenseur des droits en 2013<sup>59</sup>. En effet, faute de systématiser l'accès de l'enfant à la connaissance de ses droits, et compte tenu de la latitude laissée aux juges par la jurisprudence de la Cour de cassation quant à leur degré de contrôle de la transmission d'information, l'exercice effectif par l'enfant de son droit à l'audition n'est toujours pas garanti aujourd'hui.

Notre travail de thèse ainsi que la réalisation d'un article sur le statut procédural du mineur en **Angleterre** et en **Écosse**<sup>60</sup> nous ont permis de mettre en lumière des particularités intéressantes qui alimentent nos réflexions sur ces questions, encore aujourd'hui. Dans les trois systèmes étudiés, la capacité procédurale du mineur peut être tirée d'une situation de fait émancipatrice. Ainsi l'âge, ou la situation personnelle du mineur, peuvent lui faire acquérir cette capacité. L'apport du **droit écossais** est à ce titre crucial. Dans ce système, le pouvoir parental de représentation prend fin par l'effet de la **prémajorité du mineur**, acquise automatiquement à l'âge de seize ans. Si nous ne nous sommes jamais montrée favorable dans nos travaux à une anticipation de l'âge de la majorité, à l'instar du système écossais, la possibilité organisée par ce système d'investir le mineur d'une capacité procédurale en vertu d'une **présomption de discernement**<sup>61</sup> a retenu toute notre attention. Cette présomption a été fixée à douze ans et celle-ci permet au mineur à compter cet âge de

<sup>58</sup> A l'instar du droit écossais, v. *supra* p. 21 de ce rapport.

<sup>59</sup> [http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_ra\\_e\\_2013.pdf](http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_ra_e_2013.pdf) [consultation le 24/03/2017]

<sup>60</sup> L. Francoz Terminal : « L'enfant et les procédures judiciaires en Angleterre et en Écosse », F. Ferrand et Y. Favier (dirs) *La justice des mineurs en Europe*, European Family Law Series vol. 28, Stämpfli-Intersentia, mars 2011, pp. 75-89, v. **Annexe 3**.

<sup>61</sup> Section 11(10) du *Children (Scotland) Act 1995*.

bénéficier d'une capacité procédurale spécifique et exceptionnelle. Le mineur de douze ans est par conséquent présumé capable de donner des instructions à un avocat et de cette capacité découle celle d'être partie autonome à une procédure judiciaire. Cette présomption peut jouer dans toutes les instances civiles dans lesquelles l'enfant dispose d'un droit subjectif à agir. Elle permet également d'autoriser l'intervention du mineur dans le cadre des procédures judiciaires qui le concernent. La capacité procédurale ainsi donnée au mineur par le droit écossais apparaît par conséquent très vaste. Cependant, la technique de présomption de discernement ne crée pas à proprement parler une prémajorité procédurale. Cette présomption peut être combattue facilement par la preuve contraire, ce qui permet un contrôle efficace de sa mise en œuvre.

Cet outil alimente nos réflexions sur le statut procédural du mineur en France. Nous pourrions par cohérence imaginer le lier avec le seuil d'âge de treize ans qui existe déjà en droit français et qui, dans nos propositions, serait le pivot de l'entrée en curatelle. Cette **présomption de discernement** permettrait d'ouvrir des perspectives nouvelles en vue de créer un **droit d'action sous autorisation judiciaire** à compter de cet âge, que nous préconisons dans notre thèse. Il permettrait en outre de garantir une participation accrue de l'enfant aux procédures qui le concernent, sans pour autant fermer cette possibilité aux enfants matures plus précocément, lesquels bénéficieraient toujours des dispositions leur ouvrant le droit d'être entendu sous condition de discernement prouvé. La présomption de discernement est un outil qui aurait le mérite de la clarté du seuil d'âge prédéterminé, tout en évitant l'écueil de la rigidité de mise en œuvre. Par ailleurs, la possibilité qui est donnée à l'enfant, en **droit écossais, de communiquer par écrit au moyen d'un formulaire avec le juge ou encore la désignation par l'enfant d'une personne de son choix pour porter sa parole**, ont pu être présentées. Nous avons également pu mettre en évidence la place toute particulière donnée au niveau procédural à la question de l'évaluation de l'intérêt de l'enfant dans les procédures relatives à l'autorité parentale. En effet, ce système organise la tenue d'une **audience spéciale : le *Child welfare hearing*, dédiée exclusivement à la détermination de l'intérêt de l'enfant**, à l'exclusion de toute autre problématique familiale.

Dans le cadre de ces travaux, nous avons également pu mettre en avant l'existence d'outils procéduraux de **droit anglais** très intéressants. Notamment la possibilité que ce système offre à l'enfant, sur autorisation judiciaire (*leave*), **de solliciter la mise en place, la modification ou la caducité de l'une des quatre ordonnances judiciaires qui permettent d'organiser la résidence de l'enfant, ses relations avec ses parents, ou avec des tiers, ou encore de trancher toute décision relative à la responsabilité parentale** (*Section 8 orders du Children Act 1989*). L'autorisation judiciaire à introduire une instance est un outil qui retient aujourd'hui encore toute notre attention et qui avait été mis en avant lors de notre audition par le groupe de travail « De nouveaux droits pour les enfants »<sup>62</sup>. Par ailleurs, la possibilité donnée à l'enfant, **en droit anglais**, d'intervenir dans une instance qui le concerne, afin de bénéficier d'une représentation autonome de ses intérêts a également pu être évaluée. Il apparaît que l'intervention à l'instance est quasi exclusivement utilisée dans ce système pour permettre à l'enfant un accès direct au juge, que le droit anglais ne lui donne pas d'une autre manière. En effet, l'audition de l'enfant par un rapporteur spécialement désigné est

<sup>62</sup> Audition le 25 novembre 2013 par le groupe de travail « De nouveaux droits pour les enfants » présidé par Jean-Pierre Rosenczveig, rapporteur Dominique Youf.

la pratique habituelle dans ce système, de sorte qu'en pratique l'enfant n'a aucun contact direct avec le juge dès lors qu'il n'est pas partie à l'instance. Ainsi, cette intervention perd de son intérêt dès lors que l'enfant dispose de la garantie de pouvoir exprimer ses souhaits et sentiments dans la procédure qui le concerne.

Dans le cadre de nos travaux de recherche et activités post-doctorales, la question de l'enfance délinquante et de la procédure pénale appliquée au mineur ont occupé une place très importante. Ces questions s'intègrent donc tout naturellement dans le cadre de ce rapport.

## 2. L'enfant et les procédures pénales qui visent à sa sanction

La **capacité procédurale du mineur délinquant** n'a pas fait l'objet de développements spécifiques dans notre thèse. Nous avons écarté ce point de l'étude car la réalisation d'une infraction est un facteur émancipateur du point de vue procédural. Le mineur délinquant est un mineur juridiquement capable, ce qui n'empêche pas la mise en place de procédures spéciales et adaptées, ni de se poser la question, non spécifique à la minorité, de la participation active à son procès du délinquant dont les facultés mentales seraient altérées. Nous avons eu l'occasion à plusieurs reprises dans nos travaux d'étudier la situation pénale du mineur, notamment dans **les systèmes anglais et écossais**<sup>63</sup>.

Malgré des spécificités propres à chacun de ces systèmes, **tous ont en commun d'adapter la réponse pénale compte tenu de la minorité de l'auteur de l'infraction, et de privilégier les mesures éducatives aux peines**. La particularité du fonctionnement du *Children's Hearing écossais*, composé uniquement d'assesseurs citoyens, qui ordonne les mesures de protection du mineur et sanctionne les actes de délinquance accomplis par les mineurs de huit à seize ans, a notamment beaucoup retenu notre attention. La **spécificité des règles de droit anglaises qui organisent la tenue des audiences impliquant des délinquants mineurs** a également pu être mise en évidence.

Le travail sur ces problématiques, et l'étude dans le cadre de notre thèse du droit écossais qui fait reposer son système de justice des mineurs sur l'engagement citoyen, ont été l'occasion d'une sérieuse remise en question. Compte tenu de mes qualifications, et ayant atteint l'âge légal pour postuler à ces fonctions, j'ai candidaté au poste d'**assesseur auprès du tribunal pour enfants de Lyon**. J'ai exercé ces fonctions du 1<sup>er</sup> janvier 2010 au 31 décembre 2017. Outre une sérieuse mise en phase avec la réalité vécue par ces jeunes, et une meilleure compréhension des problématiques de l'enfance délinquante, une fois passé le choc de la prise de fonction, cette expérience nous a permis d'affiner notre travail sur la question de la cohérence des logiques civiles et pénales en terme de capacité juridique.

En effet, grâce à cette expérience, nous avons pu faire évoluer nos recherches. **Celles-ci se sont axées sur la question cruciale de l'âge de la responsabilité pénale du mineur et autour de la recherche d'une cohérence en termes de capacité juridique, entre le droit civil et le droit pénal**. Par

<sup>63</sup> L. Francoz Terminal : « La spécificité de la réponse à l'acte de délinquance du mineur en Angleterre et en Écosse », F. Ferrand et Y. Favier (dirs), *La justice des mineurs en Europe*, European Family Law Series vol. 28, Stämpfli-Intersentia, mars 2011, pp. 90-99. Voir également L. Francoz Terminal : « L'enfant et les procédures judiciaires en Angleterre et en Écosse », *ibidem*, pp. 83-89. Pour ces deux références v. **Annexe 3**.

suite, cette thématique a été intégrée à nos axes de recherche pour la période 2014-2019<sup>64</sup>. La comparaison juridique nous conduit à travailler sur des **seuils d'âge de responsabilité pénale très hétérogènes** : huit ans en Écosse, dix ans en Angleterre et au Pays de Galles. Dans d'autres pays européens des âges plus élevés sont retenus, comme en Allemagne par exemple où cet âge a été fixé à quatorze ans. **Ainsi, il ne nous est pas apparu pertinent de nous appuyer sur un modèle plutôt qu'un autre pour guider la détermination d'un âge de responsabilité pénale.** Certes, le critère actuel du discernement du délinquant ne pose pas de difficultés pratiques dans son application au mineur<sup>65</sup>. Cependant, notre droit ne respecte pas les dispositions internationales<sup>66</sup> et il semble inévitable que cette question se pose à l'avenir au législateur.

**Aujourd'hui nos principales pistes réflexion pour la mise en cohérence du régime de la minorité, qui s'appuient sur la position que nous avons défendue devant le groupe de travail « De nouveaux droits pour les enfants »<sup>67</sup>, s'orientent vers la création d'un palier intermédiaire dans la minorité, à l'âge de treize ans, sur lequel pourrait s'articuler tant le principe de la responsabilité pénale que celui d'une curatelle des mineurs en droit civil<sup>68</sup>.**

La capacité juridique du mineur délinquant est pleine et entière dans notre système. Les différents seuils d'âge qui jalonnent ce droit spécial, treize et seize ans, sont à relier à des « incapacités de jouissance » qui ont vocation à protéger le mineur de contraintes sur sa personne qui seraient intolérables. Ainsi, à compter de l'âge de treize ans le mineur délinquant peut être placé en garde à vue<sup>69</sup>, il peut être placé sous contrôle judiciaire<sup>70</sup> ou en détention provisoire<sup>71</sup>. Si sa culpabilité est établie par une juridiction, c'est à cet âge qu'il est passible d'une peine<sup>72</sup>. Nous l'avons vu dans le cadre de ce rapport, c'est au même âge que le mineur se voit reconnaître une certaine capacité puisque qu'il dispose à treize ans d'un pouvoir de consentement auquel est attaché un droit de veto pour les décisions relatives à son état (adoption<sup>73</sup>, changement de nom et de prénom fondé sur un intérêt légitime<sup>74</sup>, changement de nationalité<sup>75</sup>). Sans remettre en cause les champs de capacité que le droit a déjà reconnus au mineur, la mise en place d'un palier intermédiaire dans la minorité, qui ferait entrer le mineur de treize ans dans un régime de curatelle, permettrait de créer un statut juridique cohérent et suffisamment protecteur. **Ce seuil d'âge pourrait, en toute logique, être aussi celui de sa responsabilité pénale.**

<sup>64</sup> V. Axes de recherche pour l'Equipe de droit international Européen et Comparé (EA-4185) 2014-2019, p. 10 de ce rapport.

<sup>65</sup> La question de l'altération des facultés mentales au moment de l'acte se pose cependant avec la même acuité que pour les délinquants majeurs.

<sup>66</sup> Voir l'article 40.3 a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier : a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale*

<sup>67</sup> Audition le 25 novembre 2013 par le groupe de travail « De nouveaux droits pour les enfants » présidé par Jean-Pierre Rosenczveig, rapporteur Dominique Youf.

<sup>68</sup> Sur ce point voir également *supra*, p. 20.

<sup>69</sup> Art. 4 de l'ordonnance du 2 février 1945.

<sup>70</sup> Art. 10-2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

<sup>71</sup> Art. 11 de l'ordonnance du 2 février 1945.

<sup>72</sup> Art. 18 de l'ordonnance du 2 février 1945.

<sup>73</sup> Art. 345 al. 3 du Code civil.

<sup>74</sup> Arts. 60 et 61-3 du Code civil.

<sup>75</sup> Art. 21-11 du Code civil.

Cet alignement ne se ferait pas au mépris de la protection contre les incivilités et la délinquance, que la société est en droit d'attendre. **En effet, les actes de délinquance commis par le mineur avant treize ans, pourraient tout naturellement relever du régime de l'assistance éducative.** La réponse à l'acte délinquant du mineur de moins de treize ans ne resterait ainsi pas sans réponse. L'exemple du **droit écossais** a permis de forger cette proposition. En effet, la philosophie du *Children's Hearing* écossais repose sur les conclusions du rapport Kilbrandon<sup>76</sup> qui préconise de « *traiter les 'enfants qui agissent mal' de la même manière que 'les enfants à qui l'on fait du mal'* »<sup>77</sup>.

En droit écossais l'idée selon laquelle l'enfant délinquant est un enfant en danger imprègne le dispositif du *Children's Hearing*. Cette philosophie est également celle de l'ordonnance du 2 février 1945<sup>78</sup>, texte fondateur, dont les principes régissent le droit pénal appliqué aux mineurs. À l'heure actuelle en **droit français**, avant treize ans le mineur délinquant, responsable pénalement, n'est passible que de mesures éducatives et de sanctions éducatives ; seules ces dernières relèvent de la compétence du tribunal pour enfant. **Ainsi, lorsque le juge des enfants statue en chambre du conseil, ce qui est bien souvent le cas en pratique lorsque les infractions ont été commises par le mineur avant l'âge de treize ans, les mesures de sanction qui peuvent être prononcées relèvent de la même catégorie que celles qu'il pourrait ordonner dans une instance de protection du mineur, même si elles peuvent être plus contraignantes**<sup>79</sup>. Fixer un seuil d'âge de responsabilité pénale à treize ans s'inscrirait par conséquent assez naturellement dans le dispositif actuel et ne remettrait pas en question sa cohérence d'ensemble.

Dans le cadre de notre mission d'assesseur, en lien avec la commission des mineurs du barreau de Lyon, nous avons pu être sensibilisée à la situation du mineur en détention. Notre travail en tant que formatrice nous avait également conduite à plusieurs reprises auparavant, à intervenir auprès d'équipes d'éducateurs en centres éducatifs fermés sur les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale et à la capacité juridique du mineur placé. **La question de l'exercice de l'autorité parentale sur un mineur détenu, ou en centre éducatif fermé, s'est révélé source de problématiques aiguës.** Progressivement notre analyse de ces questions s'est précisée et c'est tout naturellement nous avons orienté une étudiante vers l'étude de ce sujet dans le cadre de son mémoire<sup>80</sup>. Nous avons également pu affiner encore notre analyse par la présentation d'une conférence, co-animée avec Madame Drillien, directrice de l'Établissement pénitentiaire pour mineurs de Meyzieu, sur la thématique de « l'exercice de l'autorité parentale sur le mineur incarcéré » à destination des étudiants de Master 2.

À ce titre, l'étude du statut carcéral du mineur et du jeune majeur en **droit écossais**, s'est révélée très intéressante. En effet, ceux-ci bénéficient dans ce système d'une prise en charge

<sup>76</sup> *Report of the committee on children and young persons*, Cmnd 2306, 1964. Disponible en ligne sur le site <http://www.gov.scot/Publications/2003/10/18259/26879> [consultation le 28/11/2017].

<sup>77</sup> « Treating 'children who do wrong' along side 'children who are wronged' », E. E. Sutherland, « The child in conflict with the law », *Children's right in Scotland*, 2<sup>ème</sup> éd. Édinburgh, W. Green, Sweet & Maxwell 1999, p. 279, note 1.

<sup>78</sup> Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

<sup>79</sup> Il est important de rappeler que certaines mesures éducatives viennent limiter la liberté du mineur, telles que le placement, lorsqu'il est ordonné en centre éducatif fermé ou renforcé. Le placement du mineur en Centre éducatif renforcé ou en Centre éducatif fermé n'est qu'une forme particulièrement contraignante de placement.

<sup>80</sup> Marie JULLIAND : *L'autorité parentale et la détention*, mémoire M2 droit privé fondamental, année universitaire 2015-2016.

adaptée et spécifique jusqu'à vingt-et-un ans. Le mineur jusqu'à seize ans n'est pas présenté devant les juridictions pénales, mais devant un *Children's Hearing*. À compter de l'âge de seize ans, il ressortit à la justice pénale de droit commun, sauf dans l'hypothèse où des mesures prises par le *Children's Hearing* seraient en cours d'exécution au moment des faits. **Cette non-spécialisation de la justice des mineurs de seize à dix-huit ans en droit écossais n'est cependant pas la traduction d'une majorité pénale à proprement parler, qui s'appliquerait sans discernement.** En effet, jusqu'à l'âge de vingt-et-un an les mineurs et jeunes majeurs écossais sont détenus dans des centres de détention pour jeunes délinquants, où ils bénéficient d'un accompagnement spécifique (*Young offenders Institutions*). La spécificité de l'exécution de la peine est donc maintenue pendant les quatre années qui suivent la majorité<sup>81</sup>.

**En effet, s'il est cohérent d'aligner l'âge de la majorité pénale et celui de la majorité civile en terme de réponse pénale et de procédure, un aménagement des conditions de prise en charge des jeunes délinquants pourrait être imaginé. À la lumière des éléments de réflexion que nous venons de mentionner, nous pourrions imaginer une évolution qui aurait pour finalité la prise en compte de la spécificité de la prise en charge des délinquants jeunes majeurs, à l'instar des dispositifs de protection qui existent en droit civil et qui permettent aux jeunes adultes de moins de vingt-et-un ans de continuer à bénéficier d'un accueil et du soutien des services de l'Aide sociale à l'enfance, sur une base contractuelle.**

La cohérence d'ensemble entre les dispositions applicables en droit civil et en droit pénal serait ainsi clairement lisible. Ceci permettrait d'aménager non la réponse pénale, ce qui n'aurait pas de sens au regard de l'accession à la majorité, mais la prise en charge en milieu carcéral, ou en milieu ouvert, des délinquants de moins de vingt-et-un an, lesquels ont encore crucialement besoin d'un étayage social.

Les interactions de l'enfant, à l'intérieur de sa famille ou à l'extérieur de celle-ci, avec des personnes qui exercent une fonction parentale à son égard, ont occupé une très grande place dans nos travaux de recherche post-doctorale. L'étude de ces interactions nous permet d'aborder des problématiques en lien avec les notions de parenté et de parentalité qui renvoient toutes deux à la vie privée de l'enfant, tant dans sa dimension relative au droit à l'identité qu'à celle relative à sa vie familiale.

## **II. L'enfant de ... : parenté et parentalité**

Dans le cadre de nos recherches post-doctorales, nous avons eu à de nombreuses reprises la possibilité de travailler sur des problématiques juridiques liées à la relation entre l'enfant et ses parents, et de manière plus globale à la prise en charge du mineur. Nous avons été amenée à travailler sur les notions de parenté et de parentalité, lesquelles permettent de cerner l'ensemble

---

<sup>81</sup> Pour un bilan du système de justice pénale des mineurs en Écosse voir le très intéressant et très encourageant rapport du Centre for Youth and Criminal Justice : *Scotland: Fixed in the past or fit for the future?* Par Claire Lightowler, David Orr et Nina Vaswani, septembre 2014. Accessible en ligne : <http://www.cycj.org.uk/wp-content/uploads/2014/09/Youth-Justice-in-Scotland.pdf> [consultation le 03/04/2017].

des règles qui régissent les différents rapports à l'enfant. Les deux notions vont habituellement de pair, cependant elles ne sont pas liées à la même temporalité dans la vie de l'enfant.

**La notion de parenté sert de base à un statut<sup>82</sup> qui implique d'avoir un regard sur le passé de l'enfant, sur son histoire et son identité.** Les droits et obligations connectés à la parenté : nom, citoyenneté, aliments, succession... renvoient à ce que les ascendants de l'enfant lui auront transmis tant au cours de leur vie qu'après leur décès. Ces droits créés par la parenté le sont indépendamment de la relation de l'adulte à l'enfant, par l'effet d'une transmission intergénérationnelle automatique et pérenne, d'éléments très concrets.

**La notion de parentalité sert de base à une fonction qui implique d'avoir un regard vers le futur et l'avenir de l'enfant.** L'enfant est façonné et influencé par les personnes qui l'entourent. La parentalité relève intrinsèquement de la relation de l'adulte à l'enfant. La transmission de ces valeurs humaines, émotionnelles, éducatives... qui permettent à la relation de se construire n'est pas saisie par le droit, hormis dans le cas où celle-ci mettrait l'enfant en danger<sup>83</sup>. La transmission ici n'est ni uniforme, ni automatique. Les éléments transmis, bien qu'ayant vocation à s'incarner dans l'adulte que l'enfant s'apprête à devenir, relèvent de l'intangible et sont constamment remodelés par les nouvelles générations.

**Si la distinction entre parenté et parentalité n'est pas nouvelle en droit français<sup>84</sup>, nous avons proposé de l'utiliser pour repenser les règles qui organisent le rapport à l'enfant au sein de sa famille, et ce en mettant en avant la nature de chacune de ces deux notions.** En effet, la parentalité est une fonction qui s'exerce pour un temps limité (A) alors que la parenté crée un statut pérenne (B).

## A. La parentalité-fonction

Dans notre tradition juridique **parenté et parentalité sont deux notions allant de pair, la seconde découlant naturellement de la première.** Les droits et obligations attachés à la parentalité (autorité parentale, droit de visite et d'hébergement de l'enfant...) découlent du statut de parent. **Cependant la dissociation entre les deux est possible. Tout d'abord, un parent peut ne pas exercer de fonctions parentales à l'égard de son enfant.** C'est la situation que nous retrouvons lorsque la relation avec ce dernier est incomplète (parent absent de la vie de l'enfant ou ne répondant pas aux sollicitations et demandes d'autorisation...) ou lorsque celle-ci est toxique (lorsque l'enfant est en danger auprès de son parent). Le juge aux affaires familiales ou le juge des enfants viendront dans

<sup>82</sup> Pour Daniel Borrillo « La filiation renvoie à un statut alors que l'autorité parentale renvoie à une fonction », v. D. Borrillo : « La parenté et la parentalité dans le droit : Conflits entre le modèle civiliste et l'idéologie naturaliste de la filiation », E. Fassin, E. Dorlin (eds), *Reproduire le genre*, Editions de la bibliothèque publique d'information du centre Pompidou, 2007, 978-2-84246-119-5. <hal-01242307> [consultation le 24/11/2017].

<sup>83</sup> Arts. 375 et s. du Code civil.

<sup>84</sup> V. entre autres : H. Fulchiron : « Parenté, parentalité, homoparentalité. À propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 2006 », *D.* 2006, p. 876 ; H. Fulchiron : « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexion sur l'homoparentalité », *AJ Fam* 2006, p. 394. S. Gilles : « Introduction. 'La filiation recomposée : origines biologiques, parenté et parentalité' », *Recherches familiales 1/2007* (n° 4), pp 3-12 <[www.cairn.info/revue-recherches-familiales-2007-1-page-3.htm](http://www.cairn.info/revue-recherches-familiales-2007-1-page-3.htm)> [consultation le 27.07.2016] ; D. Fenouillet : « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Les Petites Affiches* 23 mars 2010, pp. 7-17.

ces circonstances aménager l'exercice de l'autorité parentale et les modalités des contacts entre l'enfant et son ou ses parents. **Ensuite, notre droit permet également d'investir un tiers de l'exercice de fonctions parentales à l'égard de l'enfant.** Si à l'origine le tiers désigné (tuteur, délégataire) était un **substitut parental** prenant le relais du parent empêché ou défaillant, la loi du 4 mars 2002<sup>85</sup>, a permis de faire de ce tiers un **collaborateur parental** exerçant sa fonction concurremment avec le(s) parent(s).

Dans notre rapport *Guardianship for Minors in France*<sup>86</sup>, nous avons exposé les différents mécanismes qui organisent la prise en charge du mineur en France. En effet, dans le cadre du questionnaire qui nous avait été remis, **le concept de guardianship était à prendre dans son sens le plus large, afin de couvrir l'ensemble des situations dans lesquelles l'enfant était pris en charge par d'autres personnes que ses parents** : les différentes formes de tutelle des mineurs, la délégation de l'autorité parentale, et le placement au titre de la protection de l'enfance. Nous avons notamment pu mettre en lien ces différents régimes et préciser leur articulation. Ce travail nous a permis d'ébaucher des pistes de réflexion sur la **parentalité multiple**, qui sera l'un des thèmes centraux de notre rapport *Procreating, fostering and passing on: adults and children in postmodern societies*<sup>87</sup>.

La notion de parentalité multiple recouvre différentes réalités, et les mécanismes qui sont à l'œuvre ne produisent pas les mêmes effets juridiques. Il est possible de mettre en évidence trois figures parentales sans lien de parenté : le tiers gardien (de fait ou de droit)<sup>88</sup>, le délégataire, le tuteur.

**Le tiers gardien.** Il peut être un membre de la famille, une proche digne de confiance, une éducatrice, un assistant familial.... Ce tiers, bien que très présent dans la vie de l'enfant par le fait qu'il partage son quotidien, est la personne qui exerce les fonctions parentales les plus limitées d'un point de vue juridique. Il ne peut réaliser que des « *actes usuels de surveillance et d'éducation* »<sup>89</sup>, lesquels se limitent au contrôle du comportement de l'enfant. Malgré les ambiguïtés créées par la loi du 14 mars 2016,<sup>90</sup> lorsque l'enfant est pris en charge par un tiers après avoir été confié à l'ASE dans le cadre d'une mesure de protection<sup>91</sup>, les actes que le tiers est autorisé à faire ne relèvent pas de l'autorité parentale, laquelle reste exclusivement confiée aux parents.

<sup>85</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>86</sup> L. Francoz Terminal : « Guardianship for minors in France », A. Dutta, D. Schwab, D. Henrich, P. Gottwald, M. Löhning (dirs), *Vormundschaft in Europa*, coll. Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht vol. 17, GieseKing verlag, 2015, pp. 213-250, **v. Annexe 4**. Voir également page du séminaire organisé par l'université de Ratisbonne sur cette thématique : <<http://www.uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/buergerliches-recht/dutta/symposien/vormundschaftsrecht-in-europa/index.html>> [consultation le 07/09/2017].

<sup>87</sup> Communication au Colloque «Adults and children in post-modern societies», organisé les 6 et 7 juillet 2017 par le Centre de droit de la famille de l'Université Catholique de Louvain. L. Francoz Terminal : «Procreating, fostering and passing on: adults and children in post-modern societies - French Report», J. Sosson, G. Willem et G. Motte (dirs), *Adults and children in post-modern societies*, European Family Law series, Stämpfli-Intersentia, à paraître juin 2018, **v. Annexe 5**.

<sup>88</sup> La notion de tiers gardien dans notre exposé ne doit pas être comprise comme renvoyant au droit de garde de l'enfant, mais à la prise en charge de ce dernier par le tiers à la demande des parents, de l'ASE ou du juge.

<sup>89</sup> Art. 373-4 du Code civil.

<sup>90</sup> Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

<sup>91</sup> Cf art. L223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles : « Lorsque l'enfant pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance est confié à une personne physique ou morale, une liste des actes usuels de l'autorité parentale que cette personne ne peut pas accomplir au nom de ce service sans lui en référer préalablement est annexée au projet pour l'enfant. »



**Le délégataire.** En vertu d'une décision de justice, il exerce tout ou partie de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, soit en tant que **substitut parental** (délégation-transfert) soit en tant que **collaborateur parental** (délégation-partage). L'intervention du délégataire dans la vie de l'enfant sera circonscrite aux décisions relatives à la personne de l'enfant. En effet, la combinaison des nouveaux articles 382 et 388-1-1 du Code civil<sup>92</sup>, tels qu'issus de la réforme entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2016<sup>93</sup> a totalement clarifié la question. Par conséquent, même dans l'hypothèse où le délégataire agit en tant que substitut parental, ce n'est qu'un substitut imparfait : le délégataire n'est pas administrateur légal de l'enfant et par voie de conséquence n'est pas son représentant légal. Par ailleurs, la délégation de l'autorité parentale produit des effets limités dans le temps et elle prend fin comme l'autorité parentale par l'effet de la majorité de l'enfant. Ces limites sont parfaitement raisonnables et adaptées aux situations dans lesquelles le délégataire ne s'est pas projeté dans un statut parental à l'égard de l'enfant (membre de la famille, beau-parent, professionnel de la protection de l'enfance...). En revanche, tel ne sera pas le cas dans les familles, majoritairement des familles homoparentales, où le délégataire n'est pas un beau-parent mais un co-parent (ou parent d'intention), qui serait à l'origine même du projet parental et qui se projetterait dès la conception de l'enfant dans un rapport de parenté à l'égard de ce dernier.

**Dans notre système la parentalité découle de la parenté. Pourrions-nous imaginer que la parentalité se prolonge dans la parenté ?** C'est d'une certaine manière ce que permet l'adoption simple en ouvrant la possibilité de créer un lien de parenté entre deux personnes qui ont construit entre elles une relation de nature filiale. Cependant force est de constater que cet outil est bien peu adapté dans l'hypothèse où l'adopté est encore mineur<sup>94</sup>.

**Dès l'origine, le débat sur la nécessité ou non de créer un statut pour le « beau-parent » de l'enfant a été biaisé, faute pour notre droit de reconnaître la possibilité d'une co-parenté sur l'enfant mineur à l'égard des couples de personnes de même sexe.** Certes, la loi du 17 mai 2013<sup>95</sup>, et l'évolution de la position de la Cour de cassation sur la question de l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe<sup>96</sup>, ont permis de changer la donne dans l'hypothèse où le couple ne serait pas opposé au mariage<sup>97</sup>. Cependant la question de la création d'un cadre légal spécifique à cette co-parenté reste très sensible et suscite la peur d'aller trop loin et à l'encontre de ce que la société serait prête à accepter.

Néanmoins, la **parentalité homosexuelle** s'installe bel et bien dans le paysage familial français, et les évolutions jurisprudentielles récentes le montrent. L'appréciation par les juges du

<sup>92</sup> Art. 382 du Code civil : « L'administration légale appartient aux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale ». Art. 388-1-1 du code civil : « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ».

<sup>93</sup> Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

<sup>94</sup> V. *infra* pp.40 et s. de ce rapport.

<sup>95</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

<sup>96</sup> V. notamment l'avis de la Cour de cassation sur l'adoption de l'enfant de l'épouse conçu par insémination artificielle à l'étranger Avis G1470006 et J1470007 du 22 septembre 2014. <[https://www.courdecassation.fr/IMG/Communiqu\\_avis\\_AMP\\_140923.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/Communiqu_avis_AMP_140923.pdf)> [Consultation le 20/07/2016]. Voir également la toute récente position de la Cour sur l'adoption de l'enfant de l'époux, né d'une GPA réalisée légalement à l'étranger : Cass. Civ. 1, 5 juillet 2017 n° 16-16455. <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>.

<sup>97</sup> V. *infra* pp. 35 et s. de ce rapport.

fond des circonstances qui doivent étayer une demande de délégation<sup>98</sup> devient de plus en plus souple. En effet, dans les cas les plus récents, l'affection de longue date de l'enfant pour son « beau-parent » ou le contexte d'homoparentalité, ont pu être l'unique justification à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale au « beau-parent » par le juge<sup>99</sup>. Que l'exercice de la parentalité par l'effet d'une délégation, pendant un temps donné par exemple, puisse fonder une demande d'adoption simple individuelle durant la minorité de l'enfant nous semblerait une piste intéressante à suivre<sup>100</sup>. Enfin, la troisième figure parentale sans statut de parenté est celle du tuteur, dans le cadre de la tutelle de droit commun.

**Le tuteur.** Il est investi d'une fonction parentale pleine et entière à l'égard de l'enfant. Son champ de compétence s'étend à l'ensemble des décisions qui doivent être prises tant relativement à la personne qu'aux biens de l'enfant. Le tuteur est, et a sans aucun doute vocation à rester un substitut parental et non un collaborateur parental<sup>101</sup>. **Cependant force est de constater que si les trois régimes de tutelle des mineurs applicables dans notre système<sup>102</sup> sont tous organisés autour du mécanisme de représentation légale, leurs modes de fonctionnement respectifs sont très inégaux en terme d'exercice de la parentalité<sup>103</sup>.** En effet, dans les régimes qui organisent la prise en charge des mineurs par la collectivité<sup>104</sup>, **les figures parentales** (éducateurs, assistants familiaux, tiers digne de confiance...) **sont dans les faits des tiers gardiens.** Les tuteurs sont quant à eux des représentants institutionnels (Préfet, Président du conseil départemental) sans contact direct avec les enfants pris en charge. Nous sommes là bien loin d'un fonctionnement qui permette au tuteur d'être une figure parentale pour l'enfant.

**L'étude de l'exercice des fonctions parentales ne peut être limitée au champ de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.** La récente réforme du droit de l'administration légale<sup>105</sup> a permis, avec la reformulation de certains articles du Code civil<sup>106</sup>, de clarifier l'articulation entre la parenté, l'exercice de l'autorité parentale et celui de l'administration légale. **Ainsi, l'administration légale est connectée à la fois à la parenté et à l'exercice de l'autorité parentale.** La délégation-transfert de l'autorité parentale<sup>107</sup> produit donc des effets qui ne doivent pas être sous-estimés. **En effet, une telle délégation privera le parent de l'administration légale sans pour autant en investir le délégataire.** Par conséquent, si les deux parents n'exercent pas conjointement l'autorité

<sup>98</sup> Art. 377 du Code civil.

<sup>99</sup> CA Paris 16 juin 2011 RG 10/22338, TGI Paris 14 octobre 2011 RG 11/35997 cité par C. Mecary : « Délégation partage de l'autorité parentale : évolution de la jurisprudence », *AJ Fam.*, décembre 2011 p. 604. Voir également TGI Paris 21 septembre 2012, *AJ Fam.* 2012, 550, obs. Siffrein-Blanc. TGI Paris 22 février 2013, *AJ Fam.* 2013 232, obs. Gallmeister.

<sup>100</sup> V. *infra* pp. 40 et s. de ce rapport.

<sup>101</sup> À l'exception des cas où la tutelle aux biens est ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil, pour cause grave. En effet, dans le cadre de cette tutelle la mission du tuteur pourrait être celle d'un collaborateur parental qui viendrait soutenir le parent dans ses fonctions en le déchargeant de l'administration légale.

<sup>102</sup> Tutelle de droit commun (arts 394 et s. du Code civil), tutelle départementale (art. 411 du Code civil), tutelle des pupilles de l'État (arts L224-1 et s. et R. 224-1 et s. du Code de l'action sociale et des familles).

<sup>103</sup> L. Francoz Terminal : « Guardianship for minors in France », A. Dutta, D. Schwab, D. Henrich, P. Gottwald, M. Löhning (dirs), *Vormundschaft in Europa*, coll. Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht vol. 17, GieseKing verlag, 2015, pp. 213-250, v. **Annexe 4.**

<sup>104</sup> Tutelle départementale et tutelle des pupilles de l'État.

<sup>105</sup> V. arts. 3 à 9 de l'Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

<sup>106</sup> V. notamment la reformulation des arts 382 et 388-1-1 du Code civil.

<sup>107</sup> Art. 377 du Code civil.

parentale, ce qui n'est pas si rare, le risque est important de voir l'enfant privé de représentant légal par l'effet de cette décision et ainsi créer une situation bien compliquée, à laquelle seule l'organisation concomitante d'une tutelle permettrait de remédier. L'attention des services de protection de l'enfance doit être particulière attirée sur cette difficulté.

**La réintégration dans le Code civil de l'administration légale dans le chapitre relatif à l'autorité parentale, opérée par cette réforme, participe de la cohérence d'ensemble des pouvoirs des parents dans leurs rapports à l'enfant, qu'ils agissent relativement à sa personne ou à ses biens.** En effet, la logique de l'articulation des pouvoirs de chacun des parents dans la prise de décisions et la distinction entre les actes usuels, pour la réalisation desquels l'accord parental est présumé, et les actes importants, pour lesquels l'accord parental doit être expresse, est désormais appliquée à l'identique à l'administration légale. Par ailleurs, cette réforme a permis de clarifier le champ de la responsabilité civile des tiers en la matière. Dans le cadre de la formation que nous avons animée à l'EDARA à l'occasion de l'entrée en vigueur de cette réforme, nous avons mis en évidence le parallèle qu'il convient désormais de faire entre l'exercice conjoint de l'administration légale et celui de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. **En effet la présomption d'accord parental dans le cadre de l'administration légale ne s'applique qu'aux actes les moins graves : actes conservatoires et actes d'administration. La codécision doit en revanche être expresse, lorsque les parents souhaitent réaliser les actes les plus graves pour le patrimoine de l'enfant, à savoir les actes de disposition.** De même qu'en matière de décision relative à la personne de l'enfant, dans le cadre de l'administration légale **si les parents se trouvent en désaccord** sur la nécessité d'accomplir un acte, quelle que soit sa nature, acte d'administration ou acte de disposition, **une autorisation spéciale devra être sollicitée auprès du juge des tutelles**<sup>108</sup>. Ce parallèle nous a conduite à attirer l'attention des professionnels sur la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale. En effet, les juridictions n'hésitent pas à retenir la responsabilité civile du tiers qui aurait permis la réalisation de l'acte sans solliciter les autorisations parentales nécessaires<sup>109</sup>. **Le tiers (banquier, notaire ...) doit donc être en mesure de vérifier si l'acte passé est soumis à la présomption d'accord ou au régime de codécision parentale, sauf à engager sa responsabilité à l'égard du parent dont l'autorisation n'aurait pas été recherchée.** Ce renforcement de la responsabilité des tiers est encore visible dans les dispositions qui organisent le dispositif d'alerte au juge. En effet les termes du nouvel article 387-3 du Code civil<sup>110</sup> nous semblent clairement ouvrir **la possibilité d'une action en responsabilité civile à l'encontre de la personne qui n'aurait pas alerté le juge d'une situation de nature à porter un préjudice grave aux intérêts patrimoniaux du mineur.** L'absence de pouvoir d'appréciation laissé au tiers nous laisse penser qu'il serait très facile de prouver la faute du tiers dans le fait de ne pas alerter le juge d'une atteinte aux intérêts patrimoniaux du mineurs.

<sup>108</sup> Art 387 du Code civil.

<sup>109</sup> V. entre autres J. Leonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, La documentation Française 2009, p. 47. V. également Paris, 29 septembre 2000, D. 2001, p. 1585, note C. Duvert, la cour y a retenu la responsabilité du médecin qui était intervenu dans le cadre d'une circoncision rituelle à la demande d'un seul des parents ; Conseil d'État 7 mai 2014 n° 359076, le Conseil d'état a retenu la responsabilité du médecin qui avait prescrit un antidépresseur à une mineur à la demande d'un parent sans solliciter l'accord de l'autre.

<sup>110</sup> « *Le juge est saisi par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci* ». Art. 387-3 al. 2 du Code civil.

Dans le cadre de notre expérience en tant que formatrice nous avons pu constater que les difficultés liées à l'exercice des fonctions parentales sont très largement ouvertes à des professionnels non juristes. Nos différents échanges avec des professionnels de la protection de l'enfance ou de l'état civil, dans le cadre des différentes sessions de formation continue que nous avons animées, nous ont clairement montré l'étendue des lacunes à combler en la matière. Notre expérience auprès du service de l'ASE du conseil départemental de l'Hérault pendant cinq années a été très constructive. Elle a, par bien des aspects, alimenté notre travail de recherche sur cette thématique. Le travail de formation que nous avons mené sur le thème « Autorité parentale et prise en charge de l'enfant », entrepris à la demande de la directrice du service, auprès de l'ensemble des personnels (des cadres de service à l'assistant familial) a permis d'entamer une véritable réflexion sur les pratiques en vigueur, ainsi que le développement de pratiques vertueuses au sein du service. Nous souhaiterions que nos activités futures nous permettent de développer cette synergie qui aiderait à améliorer le rapport des professionnels à l'enfant et aux familles.

Si l'exercice de la parentalité résonne dans l'adulte que l'enfant est devenu, il est toutefois limité à la durée de la minorité. La parenté en revanche crée un statut dont les effets ne s'éteignent pas par l'écoulement du temps.

## B. La parenté-statut

Le droit de la filiation est confronté aujourd'hui à des défis majeurs qui impliquent de repenser les concepts à l'aune tant des revendications des couples de même sexe qu'à celle des droits de l'enfant. Le cadre légal posé en la matière n'a plus d'effet contenant, ce qui le rend à bien des égards incohérent<sup>111</sup> et *de facto* inopérant<sup>112</sup>, forçant le juge à composer avec des situations nouvelles tel un équilibriste sans filet. Tant la filiation par procréation (I) que l'adoption (II) sont poussées à leurs limites.

### 1. La filiation par procréation et le défi de la parenté d'intention

La thématique de la parenté au sein des couples de personnes de même sexe est une de celle qui a très souvent été abordée dans nos travaux de recherches. Notre plus récente contribution sur la question est celle réalisée à l'été 2017 dans le cadre de la recherche dirigée par le CeFAP de l'université Catholique de Louvain<sup>113</sup>. Les contraintes éditoriales ne permettront pas à l'intégralité des résultats d'être publiés, néanmoins à l'occasion de notre communication au colloque, nous avons cherché à ouvrir des pistes de réflexion qui seront développées dans le cadre de ce rapport.

<sup>111</sup> Voir notre rapport à paraître : L. Francoz Terminal « Procreating, fostering and passing on: adults and children in post-modern societies - French Report », *Adults and children in post-modern societies*, J. Sosson, G Willems & G Motte (Dir), European Family law series, Stämpfli-Intersentia, à paraître décembre 2018. V. Annexe 5.

<sup>112</sup> V. *ibidem* et Cass. Civ. 1, 5 juillet 2017 n° 16-16455 <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>.

<sup>113</sup> Colloque : "Adults and Children in postmodern societies" qui s'est déroulé les 6 et 7 juillet 2017 à Bruxelles, organisé par le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université Catholique de Louvain.

Notre première publication sur cette thématique est l'article « From same-sex couples to same-sex families ? Current French Legal issues » qui a été publié en 2009<sup>114</sup>. Ce thème nous avait été suggéré par l'éditeur. En effet, la filiation et le cadre juridique de l'assistance médicale à la procréation sont indissociables d'une culture juridique et d'un contexte sociétal. La manière dont le droit français répond aux difficultés juridiques nées des revendications de parenté des couples de personnes de même sexe suscite des interrogations à l'étranger, et nos évolutions sur ces questions y sont analysées avec intérêt. Il s'agissait de notre première publication en anglais et des premières pierres posées à la construction.

Il est possible de constater que la réflexion entre ces deux travaux a beaucoup évolué. Elle a sans doute gagné en précision et peut-être aussi en force de proposition. Nos publications intermédiaires sur la question ont indéniablement contribué à cela. En effet, dans l'intervalle, nous avons également évoqué cette thématique, mais de manière plus marginale, dans un chapitre transversal de présentation du droit de la famille en France<sup>115</sup>. Ce travail a intégré une recherche de plus grande envergure dirigée par Jens Scherpe, professeur à l'université de Cambridge<sup>116</sup>. Cette thématique a également fait l'objet de points d'actualité récurrents dans la contribution annuelle à la chronique d'actualité pour la revue allemande *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*<sup>117</sup> que nous rédigeons en collaboration avec Madame le Professeur Ferrand.

Sauf à avoir recours à l'assistance amicale d'un tiers de sexe opposé, les membres de couples de personnes de même sexe ne peuvent procréer qu'au moyen d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, dont ils sont exclus du bénéfice à l'heure actuelle. Nous devons reconnaître que notre droit de la filiation et notre droit bioéthique sont arrivés à un point d'achoppement qu'il sera difficile de résoudre sans repenser l'un ou l'autre, voire l'un est l'autre.

**Les dispositions bioéthiques qui encadrent le recours à l'assistance médicale à la procréation ont été intégrées dans le droit de la filiation sans pour autant créer officiellement un nouveau fondement à l'établissement du lien.** En effet, lorsqu'un tiers donneur (ou couple donneur en cas de don d'embryon) intervient dans le processus, sa présence est totalement niée par le droit et le lien s'établira par l'effet soit de l'accouchement, soit de la présomption de paternité ou encore par celui d'un acte de reconnaissance. Cependant, **le droit de la filiation ne peut s'appliquer que si le cadre posé par les lois bioéthique est respecté.** Ainsi, les règles d'établissement de la filiation prennent appui sur l'existence de deux éléments constatés préalablement à l'assistance médicale : un consentement donné par le parent d'intention et l'existence d'un projet parental. Si ce cadre légal a pu répondre aux attentes des couples qui dans les années 70 se sont engagés dans cette aventure,

<sup>114</sup> L. Francoz-Terminal : « From same-sex couples to same-sex families ? Current French legal issues » *Child and Family Law Quarterly* [2009] 4 CFLQ 485-497, v. **Annexe 6**.

<sup>115</sup> L. Francoz Terminal « The changing concept of 'family' and challenges for family law in France », Jens M. Scherpe (ed.), *European Family Law vol. II. The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law* Edward Elgar 2016, pp.39-64, v. **Annexe 7**.

<sup>116</sup> J. Scherpe (ed), *European Family Law, Four volumes Set. Volume I: The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law ; Volume II: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law ; Volume III: Family Law in a European Perspective ; Volume IV: The Present and Future of European Family Law.* Edward Elgar 2016.

<sup>117</sup> Les thématiques de l'adoption au sein des couples de personnes de même sexe et des conséquences juridiques de la gestation pour autrui ont été traitées dans cette revue au numéro 18 des années 2006, 2007, 2009, 2010, 2011, 2013 2015, v. **Annexe 14**.

il est aujourd'hui à bout de souffle. En effet, au regard des limites que le droit bioéthique oppose aujourd'hui aux couples de personnes de même sexe il apparaît dans toute son incohérence et, au-delà, le cadre posé pour l'établissement de la filiation après assistance médicale à la procréation vient heurter de plein fouet le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles<sup>118</sup>.

Ainsi, **le dispositif actuel repose sur le consentement donné à l'accueil du don de gamète ou d'embryon par le(s) parent(s) d'intention et l'existence d'un projet parental.** Sur la base de ces éléments et par l'effet des règles relatives à l'établissement du lien de filiation, un lien de filiation biologique simulé sera établi. Le message est clair, le droit de la filiation par procréation n'est pas ancré sur un lien génétique. Cette déconnexion de la filiation et de la génétique en droit civil met en lumière la difficile articulation entre le droit de la filiation et le droit bioéthique. Ce que notre droit de la filiation permet de penser et d'envisager comme faisable, à savoir une filiation qui reposerait sur un acte constitutif de filiation dont les fondements pourraient être multiples (accouchement, présomption, reconnaissance, consentement au don, projet parental...) <sup>119</sup> notre droit bioéthique nous interdit de l'envisager à l'heure actuelle. En effet, l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation est strictement encadré et différents garde-fous ont été posés en matière de procréation. L'assistance médicale ne peut tout d'abord être sollicitée que si l'infertilité dont souffrent les couples qui la réclament est de nature pathologique et si un schéma de procréation naturelle peut être simulé. **L'articulation des dispositions bioéthique et civiliste est particulièrement ardue, et si l'intégration du droit bioéthique dans le droit civil a été possible, nous voyons aujourd'hui que l'inverse n'est pas vrai.**

C'est ici que l'incohérence du schéma d'ensemble prend racine. Toutes les évolutions possibles du droit de la filiation seront vides de sens et vaines tant que la question de la légalité des techniques d'assistance médicale à la procréation et celle de l'accès à ces techniques n'aura pas été redéfinie. La loi doit être en mesure de poser clairement le cadre de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas en ce domaine, et ceci dans la transparence et le respect du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines. Là est peut-être la clef d'une évolution acceptable du droit qui permettrait de construire une filiation assumée et non simulée. **Pour que le système puisse trouver une cohérence, deux voies nous semblent envisageables ; elles reposent cependant sur des choix de société radicalement différents.**

**Premièrement, motivée par le refus de prendre le risque de voir consacrer *in fine* un droit à l'enfant, une voie qui refuserait de répondre juridiquement au désir de procréer et maintiendrait un schéma d'assistance médicale à la procréation ancré sur la nature pathologique de l'infertilité.** Cette barrière légale, comme c'est le cas à l'heure actuelle, coupe court à toute revendication d'accès à l'assistance médicale des couples de même sexe ou des personnes seules. Le critère d'infertilité de nature pathologique est juridiquement efficace et non discriminant. Il est rationnel, objectif, facile à utiliser pour les professionnels et est le seul qui, compte tenu du contexte économique actuel, peut véritablement être accepté pour en appeler à la solidarité nationale afin de financer la prise en charge des frais médicaux liés à la procréation. Ce choix implique de renvoyer les personnes ayant un désir d'enfant, mais ne souffrant d'aucune pathologie, à l'adoption, dont le cadre

<sup>118</sup> Art. 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

<sup>119</sup> V. *infra* p. 37 de ce rapport.

légal est adapté aux demandes tant des personnes seules que des couples de personnes de même sexe dès lors qu'ils auraient fait le choix du mariage pour organiser leur vie commune. Les personnes chez qui le désir d'enfant se doublerait d'un désir procréatif, sont quant à elles renvoyées au non droit et disons-le clairement à un bricolage plus ou moins élaboré. Ce choix implique également de fermer les yeux sur la réalité du dumping procréatif.

Nous ne pouvons donc pas être satisfaits de l'évolution qui se dessine à moyen terme, au vu du récent avis du Comité Consultatif National d'Éthique<sup>120</sup> et des engagements de campagne du président Macron. Ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules et aux couples de femmes en prenant appui sur la légalité de la technique d'assistance médicale utilisée conduira sans aucun doute à une position difficilement tenable, tant la discrimination à l'égard des hommes, et des couples d'hommes, apparaîtra évidente. Nous serions favorable au maintien d'un *statu quo* plutôt qu'à une évolution en ce sens.

**Une seconde voie serait de répondre au désir de procréer sans pour autant créer un droit opposable à procréer sans conditions.** Le droit à l'enfant ne saurait être consacré ni dans la procréation ni dans l'adoption. **Il semble néanmoins possible de créer un cadre légal qui, prenant appui sur le consentement et l'existence d'un projet parental conjoint, permettrait aux couples qui ne peuvent procréer naturellement, en raison d'une infertilité de nature pathologique ou structurelle, d'obtenir une aide médicale pour le faire.** Cela impliquerait premièrement d'ouvrir l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, et deuxièmement d'ajouter aux techniques légales déjà autorisées la possibilité d'avoir recours à une gestatrice, lorsque la demande émane d'un couple d'hommes ou d'un couple au sein duquel la femme ne peut mener une grossesse à terme. Ce cadre devra être respectueux de la dignité de tous les acteurs (enfant, donneur/donneuse de gamètes, gestatrice, parent d'intention) et de la place de chacun dans le processus. C'est sans doute là le plus grand défi à relever. **Trouver un modèle de gestation pour autrui qui serait éthiquement acceptable et qui serait respectueux de la dignité de tous ses acteurs est une gageure**<sup>121</sup>. S'engager dans cette voie ne serait pas concevable sans garantir le droit de l'enfant à connaître ses origines dès lors que sa naissance résulterait d'un recours à une assistance médicale avec l'aide d'un tiers. Il nous faut rappeler que le droit de l'enfant à l'identité et à la connaissance de ses origines personnelles est un droit autonome. En effet, il est protégé par l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui en fait un droit opposable à l'État<sup>122</sup>. Par ailleurs, dans la convention, ce droit existe indépendamment du droit au respect de la vie privée qui, lui, est tiré de son article 16. Cette autonomie du droit de l'enfant à l'identité et à la connaissance de ses origines, qui n'existe pas dans la CEDH<sup>123</sup>, ne peut que renforcer sa protection au titre des droits fondamentaux. Le choix de cette seconde voie ne pourra donc se faire sans repenser les actes de l'état civil qui entourent la naissance.

<sup>120</sup> Avis n° 126 du 27 juin 2017 du CCNE, disponible en ligne <http://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/avis-du-ccne-du-15-juin-2017-sur-les-demandes-sociales-de-recours-lassistance#.WcObH8ZpHIU> [consultation le 21/09/2017].

<sup>121</sup> V. C. Brunetti-Pons (dir), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, rapport remis à la mission de recherche Justice et droit-GIP justice, janvier 2017, pp. 340 et s.. Accessible en ligne <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/07/GIP-rapport-final-mai-2017.pdf> [consultation le 06/12/2017].

<sup>122</sup> Art. 7 al. 2 de la CIDE.

<sup>123</sup> L'identité est une composante du droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la CEDH.

Dans le cadre de notre communication au colloque « Adults and children in post-modern societies »<sup>124</sup> nous avons proposé **l'intégration du cadre légal actuel de l'établissement de la filiation par procréation dans une nouvelle distinction fondamentale qui serait faite entre les règles applicables à la procréation endogène** (qui couvrirait les situations de reproduction naturelle ou assistée sans l'aide d'un tiers donneur) **et la procréation exogène** (qui couvrirait les situations où l'assistance médicale a été réalisée avec l'aide d'un tiers donneur ou d'une gestatrice). **Si le schéma d'établissement de la filiation à l'issue d'une procréation endogène pourrait être maintenu à l'identique, le schéma d'établissement de la filiation à l'issue d'une procréation exogène quant à lui serait repensé intégralement.** La filiation reposerait sur un acte ou un jugement déclaratif de parenté dont les modalités seraient à définir. Le *parental order* de droit anglais<sup>125</sup> pourrait être, bien qu'imparfaitement, source d'inspiration<sup>126</sup>. Une intervention judiciaire qui permettrait de vérifier la légalité du processus engagé aurait notre préférence. La crainte de voir des éléments relatifs à la vie privée d'un couple révélés par cette différence de traitement est légitime. Cependant, si cette réforme s'accompagnait d'une refonte des actes de l'état civil entourant la naissance d'un enfant, des solutions permettant de parvenir à un équilibre pourraient être envisagées.

Aussi, nous proposons de remplacer l'actuel acte de naissance par deux actes de l'état civil distincts. Un **acte de naissance** serait établi à la naissance de l'enfant mais aucun effet juridique relatif à la filiation ne pourrait être attaché à cet acte. Il ne serait accessible qu'à l'enfant et à ses parents légaux afin de préserver la vie privée des personnes concernées. Dans cet acte à la publicité restreinte figureraient les jour, heure et lieu de naissance de l'enfant et ses origines personnelles si elles sont connues (identité du ou des donneurs, de la gestatrice). Cet acte contiendrait également **l'élément constitutif de filiation**, c'est-à-dire l'élément qui servira de fondement à l'établissement du lien de filiation avec les parents : mariage de la mère et identité de l'époux, reconnaissance, acte/jugement déclaratif de parenté. Cet acte pourrait être amendé dans l'hypothèse d'une adoption de l'enfant par une mention marginale.

À cet acte de naissance viendrait s'ajouter un nouvel acte de l'état civil, **l'acte constitutif de filiation**, qui établirait le lien juridique entre l'enfant et son ou ses parents. **Il permettrait la preuve de l'identité de la personne et de son état.** Il serait accessible dans les mêmes conditions que l'acte de naissance actuel, la production d'extrait serait également possible. Cet acte contiendrait donc l'identité de l'enfant, celle de ses parents légaux sans autre indication que la date à laquelle la filiation a été constituée à leur égard<sup>127</sup>, et ce afin de permettre aux règles relatives à l'exercice de l'autorité parentales de pouvoir jouer pendant la minorité de l'enfant<sup>128</sup>. Il serait donc totalement impossible aux tiers de savoir quel a été le contexte de la naissance ; le respect de la vie privée serait

<sup>124</sup> Voir notre rapport à paraître : L. Francoz Terminal « Procreating, fostering and passing on: adults and children in post-modern societies - French Report », *Adults and children in post-modern societies*, J. Sosson, G Willems & G Motte (Dir.), European Family law series, Stämpfli-Intersentia, à paraître juin 2018, v. **Annexe 5**.

<sup>125</sup> V. sections 54 et 55 du *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

<sup>126</sup> En effet, nous avons bien conscience que le *parental order* de droit anglais ne peut être ordonné que si au moins l'un des parents désignés est géniteur de l'enfant. Il ne s'agit donc pas de calquer cette possibilité mais d'ouvrir la réflexion sur la possibilité de déclarer la parenté par voie judiciaire en dehors du cadre de la procédure d'adoption.

<sup>127</sup> Date de naissance pour la mère ou si les parents sont mariés, date du ou des actes de reconnaissance, date de l'acte/jugement déclaratif de parenté.

<sup>128</sup> Art. 372 al. 2 du Code civil.



garanti à l'égard de tous les acteurs de la procréation. Cet acte pourrait également être celui délivré à la suite d'une adoption plénière.

① Birth certificate / <u>acte de naissance</u>	<b>Not legally effective</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>☞ Personal origins of the child (date, sex, place of birth, ID of genitors if ART, birth mother)</li> <li>☞ Mean by which the filiation will be certified (marriage of the birth mother + ID of spouse, acknowledgment, joint declaration of parenthood, adoption order : ie <u>élément constitutif de filiation</u>)</li> <li>☞ Document <b>accessible to the child himself/herself or to his/her legal parents ONLY</b></li> </ul>	
② Filiation certificate / <u>acte constitutif de filiation</u>	<b>With legal effects</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>☞ ID of the child</li> <li>☞ ID of legal parent(s)</li> <li>☞ Date at which the filiation is certified with respect to each parents (<u>date de l'élément constitutif de filiation</u>)</li> <li>☞ ....</li> <li>☞ Document fully <b>accessible to the child himself/herself</b>, to his/her <b>legal descendants and ascendants ...</b></li> <li>☞ <b>Abstracts accessible to any claimant</b></li> </ul>	

Slide présenté lors de conférence « Adults and Children in Post modern societies » organisée par le CeFAP, Université Catholique de Louvain les 6 et 7 juillet 2017.

L'évolution de notre droit sur ces questions ne peut faire l'économie d'une réforme d'ampleur du droit de la filiation, du droit bioéthique et du droit relatif à l'état civil<sup>129</sup>. Cependant, la réflexion qui doit s'amorcer en la matière ne saurait être totalement satisfaisante si elle devait laisser de côté le champ de la filiation adoptive. En effet, le fonctionnement de cette institution tel qu'il est issu de la loi de 1966<sup>130</sup> et de ses réformes successives pourrait être repensé à l'aune des effets produits en termes de parentalité.

## 2. Repenser l'adoption autour des concepts de parenté et parentalité

Depuis la loi de 1966<sup>131</sup> les différentes réformes successives n'ont pas modifié la structure du droit de l'adoption en France. En effet, elles ont principalement visé à adapter les dispositions légales à la reconnaissance du droit de l'enfant à connaître ses origines personnelles<sup>132</sup> et au contexte moderne de l'adoption internationale<sup>133</sup>. Plus récemment, ce sont les aspects procéduraux de

<sup>129</sup> Voir également en ce sens I. Thery and A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles*, 2014 accessible en ligne sur le site <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000203/> [consultation le 15/06/2016].

<sup>130</sup> Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.

<sup>131</sup> Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption ; Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption.

<sup>132</sup> Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

<sup>133</sup> Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

l'adoption qui ont été réformés et notamment l'encadrement et le soutien donné aux parents adoptifs<sup>134</sup>.

La parenté adoptive est une thématique qui a été récurrente dans nos activités de formation auprès des professionnels. Nous avons également eu plusieurs fois l'occasion de l'aborder dans nos travaux de recherche, soit sous l'angle d'une présentation générale de l'institution de l'adoption en France<sup>135</sup>, soit sous l'angle spécifique de la parenté homosexuelle et des problématiques antérieures à la loi de 2013, tirées du refus d'autoriser l'adoption simple de l'enfant de la partenaire ou de la concubine<sup>136</sup>. Par l'effet de la loi de 2013<sup>137</sup>, **une modification significative des possibilités a été opérée. Cependant, celle-ci a été réalisée par l'extension des dispositions existantes à de nouveaux couples, sans réflexion d'ensemble sur l'institution, les conditions et les effets de l'adoption restant par ailleurs identiques en tout point.**

Deux axes de réflexion peuvent cependant clairement être identifiés. En premier lieu, la question de l'accès à la parenté adoptive conjointe ; en second lieu celle de l'adéquation des deux formes d'adoption que connaît notre droit, adoption simple et adoption plénière, à l'évolution des attentes des protagonistes en la matière.

#### **a. L'accès des couples à l'adoption**

La loi du 17 mai 2013, en ouvrant le mariage aux couples de même sexe,<sup>138</sup> a permis de répondre aux aspirations d'un certain nombre de ces couples en leur donnant accès à l'adoption, par l'effet du mariage, et ce sans modification des critères légaux applicables. Ainsi, l'adoption demeure un privilège attaché au mariage.

Dans le cadre de la recherche comparative sur l'avenir des partenariats enregistrés à la suite de la légalisation du mariage des couples de même sexe<sup>139</sup>, dont la communication au colloque a fait l'objet d'une publication en français<sup>140</sup>, nous avons questionné ce privilège. **Cependant, nos conclusions qui recommandent l'arrêt du mouvement de convergence entre le pacs et le mariage<sup>141</sup>, en vue de permettre au premier de jouer le rôle d'une véritable alternative en termes d'organisation matrimoniale nous ont conduite à soutenir le maintien de ce privilège.**

<sup>134</sup> Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption.

<sup>135</sup> V. L. Francoz Terminal : « The changing concept of 'family' and challenges for family law in France », Jens M. Scherpe (ed.), *European Family Law vol. II. The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Edward Elgar 2016, p. 56-57, v. **Annexe 7** ; L. Francoz Terminal « Procreating, fostering and passing on: adults and children in post-modern societies - French Report », in J. Sosson et G. Willems (Eds), *Adults and children in post-modern societies*, European Family law series, Intersentia à paraître 2018, v. Questions 31 et s., v. **Annexe 5**.

<sup>136</sup> V. L. Francoz Terminal « From same-sex couples to same-sex families ? Current French legal issues » [2009] 4 *CFLQ* 485-497, et notre chronique d'actualité sur le droit de la famille à la *FamRZ* 18/2007, 1499 ; *FamRZ* 18/2008, 1692 ; *FamRZ* 18/2011, 1446-1450, v. **Annexe 6**.

<sup>137</sup> Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> L. Francoz Terminal « Registered Partnerships as an alternative to Marriage : France », Jens M. Scherpe et A. Hayward (Eds), *The future of registered Partnerships*, European Family law series. Stämpfli-Intersentia, à paraître novembre 2017, v. **Annexe 8**.

<sup>140</sup> L. Francoz Terminal : « L'avenir du pacs après la légalisation du mariage des couples de personnes de même sexe », *Gaz.Pal.* n° 15, 19 avril 2016, pp. 48-52, v. **Annexe 9**.

<sup>141</sup> V. *infra* p. 46 de ce rapport.

En effet, le cadre juridique crée par le mariage (lien d'alliance, obligations alimentaires) dépasse largement le couple. La création d'une véritable structure familiale permet en effet à l'enfant adopté d'être intégré dans un ensemble plus large où des obligations de solidarité collatérales, et non plus seulement en ligne directe, sont à l'œuvre. Certes, la comparaison avec le cadre de la filiation biologique, où le lien se crée sans que l'organisation matrimoniale choisie par le couple puisse être un obstacle, pourrait inviter à mettre les deux formes de filiation en parallèle et à ouvrir l'adoption à l'ensemble des couples. Il y aurait là une forme de cohérence en effet. Le cadre légal actuel de l'exercice de l'autorité parentale permet également d'envisager cette ouverture. Il est toutefois indéniable que les obligations de solidarité entre beaux-parents et gendre/belle-fille, qui permettent une action alimentaire d'un parent à l'égard des membres de la famille de l'autre parent de l'enfant, tout comme la vocation successorale du conjoint survivant offrent un cadre légal financièrement plus sécurisant dans la perspective de l'accueil d'un enfant mineur au foyer. La problématique ne se poserait certainement pas dans les mêmes termes si l'adoption d'un enfant adulte devait être considérée.

**Si l'adoption est toujours prononcée dans l'intérêt de l'adopté, il est néanmoins pertinent de distinguer les intérêts de l'adopté mineur de ceux de l'adopté majeur. Nous proposons donc de repenser l'adoption à l'aune de cette distinction, celle-ci pouvant alors servir de pivot à l'articulation des conditions d'accès à l'adoption.**

Ainsi, l'adoption qui viserait à l'accueil d'un enfant mineur au foyer des adoptants et à l'exercice de la parentalité par ces derniers pourrait voir son accès ouvert aux couples mariés seulement. Ceci garantirait à cet enfant le maximum de sécurité financière par les mécanismes successoraux et de solidarité familiale. En revanche l'adoption d'enfants majeurs<sup>142</sup>, qui s'inscrirait dans le prolongement de l'exercice de fait de fonctions parentales, voire de l'exercice de l'autorité parentale dans l'hypothèse où une délégation de cette autorité aurait été ordonnée, et ce avec en tête, et c'est louable, une intention de transmission de patrimoine et de statut, pourrait être ouverte indépendamment de la nature du lien conjugal qui unit l'adoptant au parent de l'adopté. Ouvrir cette possibilité lorsque la personne entretient, ou a entretenu, avec le partenaire ou le concubin de son parent adoptif une relation durable ayant permis le développement de liens affectifs, nous semble une perspective d'évolution intéressante de notre droit. La preuve de la nature filiale de la relation devrait être rapportée au TGI afin d'éviter tout détournement de l'institution de l'adoption.

La distinction que nous proposons de faire aurait bien évidemment des conséquences directes tant sur le cadre légal de l'accès à l'adoption que sur ses effets.

### ***b. Pour une remise en question des formes actuelles d'adoption***

Le droit de la filiation adoptive a été au cœur de nos enseignements tant en formation initiale qu'en formation continue. Nous avons également eu l'occasion de l'intégrer à nos travaux de recherche, bien souvent afin de faire une présentation générale du droit français sur la question et

<sup>142</sup> Les difficultés ne se posent à l'heure actuelle qu'à l'égard d'une personne majeure ayant déjà fait l'objet d'une adoption. En vertu de l'article 360 al. 2 du Code civil « *L'enfant précédemment adopté par une seule personne en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière en la forme simple* ».

d'en expliquer les mécanismes<sup>143</sup>, mais aussi pour aborder la problématique de la parenté au sein des couples de même sexe<sup>144</sup>. Nous avons également à deux reprises révisé et corrigé le chapitre « The adoption process in France » de l'ouvrage comparatif de Kerry O'Halloran, consultant et professeur associé à la Queensland University of Technology de Brisbane<sup>145</sup>. De tous ces travaux, le rapport rendu à l'été 2017 sur la thématique de « *Procreating, fostering and passing on: adults and children in post-modern societies* »<sup>146</sup> est sans aucun doute celui qui a permis de faire progresser le plus nos réflexions sur cette thématique et qui nous permet aujourd'hui de faire des propositions dans le cadre de ce rapport.

**La manière dont la filiation est perçue, tout comme celle du rapport de l'enfant à ses parents, ou à des tiers, est éminemment changeante.** Notre expérience en tant que formatrice, qui nous a conduit à des collaborations interdisciplinaires avec d'autres professionnels, nous a fait apparaître que la notion de filiation était envisagée sous des angles très différents selon le spécialiste qui s'en saisissait : juriste, psychologue, sociologue... Cette expérience nous a également permis de nous rendre compte du décalage qui existait entre la vision du juriste et celle du non juriste sur la question. En effet, la dimension juridique de la filiation, et tous les aspects qu'elle induit en termes de statut, est invisible pour un très grand nombre des personnes, celles-ci ne percevant bien souvent cette relation que dans sa dimension affective.

**Si le cadre de la filiation par procréation est somme toute assez accessible au plus grand nombre, le cadre légal de la filiation adoptive, en revanche, suscite énormément d'interrogations voire de l'incompréhension.** Pourquoi ces seuils d'âge chez l'adopté ? Pourquoi les époux et pas les autres ? Pourquoi les restrictions liées au statut personnel ?... sont des questions récurrentes qui ont jalonné nos interventions auprès des professionnels pendant ces dix-sept dernières années, et ce malheureusement sans que les éléments de réponses n'arrivent toujours à convaincre. Ces interrogations ont peut-être permis de pousser un peu les limites de notre raisonnement pour nous conduire aujourd'hui à l'interrogation suivante : **les formes de l'adoption ont-elles encore du sens au regard des attentes de la société actuelle ?**

En effet, les deux formes d'adoption, adoption plénière et adoption simple, s'articulent autour des conséquences qu'elles produisent dans la filiation et l'identité de l'enfant : rupture totale pour la première et absence de rupture pour la seconde. Or nous l'avons vu les lignes ont bougé avec la reconnaissance du droit de l'enfant à l'identité et à l'accès à ses origines<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> L. Francoz Terminal « The changing concept of 'family' and challenges for family law in France », Jens M. Scherpe (ed.), *European Family Law vol. II. The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law* (collection en 4 volumes) Edward Elgar 2016, pp. 39-64, **v. Annexe 7** ; L. Francoz Terminal : « Procreating, fostering and passing on: adults and children in post-modern societies - French Report », J. Sosson, G Willems & G Motte (Dir.), *Adults and children in post-modern societies*, European Family law series, Stämpfli-Intersentia à paraître juin 2018, **v. Annexe 5**.

<sup>144</sup> L. Francoz Terminal : « From same-sex couples to same-sex families ? Current French legal issues » [2009] 4 *CFLQ* 485-497, **v. Annexe 6** ; F. Ferrand et L. Francoz Terminal : « Das Französische Gesetz Nr. 2013-2014 v. 17.5.2013 zur Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen und seine Auswirkungen auf das Familienrecht », *FamRZ* 18/2013,1448-1453, **v. Annexe 14**.

<sup>145</sup> Révision et correction du chapitre « The adoption process in France » de l'ouvrage de K. O'Halloran, *The politics of adoption. International Perspectives on Law, Policy and Practice*, 3<sup>e</sup> éd., Springer Dordrecht 2015, pp. 525-564.

<sup>146</sup> L. Francoz Terminal : « Procreating, fostering and passing on: adults and children in post-modern societies - French Report », J. Sosson, G Willems & G Motte (Dir.), *Adults and children in post-modern societies*, European Family law series, Stämpfli-Intersentia à paraître juin 2018, **v. Annexe 5**.

<sup>147</sup> Art. 7 de la CIDE.

Dans le même temps, les notions de parenté et de parentalité ont été redéfinies par le droit, mettant en évidence le fait qu'elles ne se recoupent pas toujours et n'ont pas la même finalité<sup>148</sup>. L'expérience acquise en tant que formatrice nous a montré que la dualité de ces concepts a du sens et est très accessible. Par ailleurs ceux-ci ont vocation à s'appliquer tant à la filiation par procréation qu'à la filiation adoptive. Leur utilisation comme pivot de l'adoption apparaît alors comme une évidence et ouvrirait des perspectives nouvelles. **Repenser l'adoption en fonction des besoins et des attentes de l'adopté en termes de parentalité permettrait de faire bouger le cadre de l'accès à l'adoption, nous l'avons vu, mais aussi de ses effets.** La réflexion n'est peut-être pas encore à ce stade totalement aboutie mais les pistes que nous souhaitons approfondir se dessinent déjà clairement.

**Deux formes nouvelles d'adoption pourraient ainsi être créées : la première répondrait au besoin de parentalité des adoptés mineurs et la seconde répondrait au besoin de parenté des adoptés majeurs<sup>149</sup>.**

**L'adoption de personne majeure sans besoin de parentalité** s'inscrirait dans un schéma de consolidation d'un lien de nature filiale préexistant entre l'adoptant et l'adopté, indépendamment de la nature du lien unissant l'adoptant au parent de l'adopté<sup>150</sup>. Dans le cadre intrafamilial cette adoption serait interdite en ligne directe afin de ne pas brouiller les repères générationnels. Cependant elle pourrait être envisagée en ligne collatérale dès lors que l'existence de relations de nature filiale, ayant un caractère stable et durable, pourrait être prouvée. **Nous avons bien à l'esprit le fait que l'adoption des personnes majeures a des enjeux fiscaux, en termes de droits de mutation, qui ne peuvent pas être ignorés.** La préservation de ses rentrées fiscales par l'Etat est légitime. Cette question fait partie de celles que nous souhaiterions creuser davantage afin de préciser les propositions. Cependant nous nous permettons à ce stade d'émettre l'hypothèse d'une opération blanche pour les caisses de l'État. La diminution des droits de mutation applicables aux transmissions de patrimoine par l'effet de l'adoption pourrait sans doute être compensée par une augmentation en volume des mutations. **Au-delà de la transmission patrimoniale qui serait facilitée, les autres effets de cette adoption pourraient être calqués sur ceux de l'adoption simple actuelle.** La matérialisation du changement de statut par la possibilité d'une adjonction de nom serait conservée à l'identique, et les limites actuelles à l'acquisition automatique de la nationalité française par l'adopté retrouveraient par ailleurs du sens. Des obligations alimentaires seraient ainsi créées et permettraient de consolider les mécanismes de solidarité intergénérationnelle.

**L'adoption d'un enfant mineur doit permettre de satisfaire son besoin de prise en charge et de parentalité. Or, aucun des régimes d'adoption existant à l'heure actuelle en France ne permet de satisfaire ce besoin de manière pleinement satisfaisante.**

Le fait que le régime de l'adoption plénière ne puisse s'appliquer qu'à des enfants de moins de quinze ans, laissant de côté les grands adolescents, et les effets limités posés dans le cadre de l'adoption simple de l'enfant du conjoint en matière d'exercice de l'autorité parentale<sup>151</sup> en sont les exemples les plus marquants. **Par ailleurs, aucun de ces mécanismes ne permet véritablement de**

<sup>148</sup> V. *supra* p. 29 et s. de ce rapport.

<sup>149</sup> V. *supra* p. 42 de ce rapport.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Art. 365 du Code civil.

**saisir le besoin de parentalité parfois pérenne d'un certain nombre d'enfants accueillis à long terme au sein des services de protection de l'enfance.** La prise en charge de ces derniers par les services de l'ASE peut certes être organisée à longue échéance, par l'effet d'une délégation-transfert de l'exercice de l'autorité parentale au service par exemple<sup>152</sup>. Cependant, l'accueil de l'enfant peut malgré tout rester précaire durant sa prise en charge, et l'enfant passer par différents lieux durant sa minorité (famille d'accueil, foyer...) en fonction des capacités d'accueil ou des besoins d'organisation du service. **Ces enfants ont des besoins en termes de parentalité mais n'ont aucun besoin en termes de parenté.** Bien qu'ils ne soient pas juridiquement adoptables, il nous est apparu essentiel d'intégrer cette catégorie d'enfants à notre réflexion d'ensemble. En effet, nous constatons que pour répondre à la problématique des enfants confiés sur le long terme, il est tentant de redéfinir les critères de l'adoptabilité et de l'abandon afin de rendre ces enfants plus facilement et plus précocement adoptables<sup>153</sup>. Nous plaçons pour une approche radicalement différente de la question qui ferait preuve d'un peu d'imagination.

**Ainsi, il nous est apparu essentiel de repenser les mécanismes à l'aune d'une nouvelle distinction tirée de la finalité recherchée, et de proposer de scinder le régime « d'adoption » applicable aux mineurs en deux.** Il nous est bien difficile ici de parler de deux formes « d'adoption » tant ce mot ne reflète pas la réalité de ce qui est proposé. Un travail terminologique s'impose et c'est un point sur lequel, nous en avons conscience, il nous faut encore préciser les choses. Là encore les pistes de réflexion ont besoin d'être approfondies pour arriver à la construction d'un schéma d'ensemble cohérent. Ce sera l'un de nos axes futurs de recherche.

**Un premier schéma s'appliquerait aux demandes d'adoption des pupilles de l'État (ou enfants mineurs étrangers adoptables) et aux demandes d'adoption de l'enfant mineur du conjoint.** Le régime d'adoptabilité défini dans le cadre de l'actuelle adoption plénière serait applicable à l'identique à ce schéma. Ce régime permettrait d'organiser pour les enfants une véritable **substitution parentale**, qui impliquerait la création d'un nouveau lien de filiation en remplacement du premier. **Cette substitution produirait alors tous ses effets et investirait pleinement le parent adoptif de l'autorité parentale et de l'administration légale sur l'enfant mineur.** La réforme des actes de l'état civil que nous proposons<sup>154</sup> et la création d'un acte constitutif de filiation en plus de l'acte de naissance nous permettent d'envisager l'application de ce régime à tous les mineurs, y compris les plus âgés, dans la mesure où l'accès à leurs origines personnelles serait totalement préservé par l'accès à leur acte de naissance. Le jugement d'adoption serait « l'élément constitutif de filiation » autorisant la modification de l'état de l'enfant, lequel pourrait être mentionné en marge de l'acte de naissance. Le changement d'état se matérialiserait par l'établissement d'un nouvel acte constitutif de filiation pour l'enfant<sup>155</sup> et l'annulation de l'acte ancien. Le principe de l'exigence du consentement de l'enfant de plus de treize ans à son adoption permettrait de garantir son adhésion à ce changement d'état.

<sup>152</sup> Art. 377 du Code civil.

<sup>153</sup> V. entre autres J.- M. Colombani, *Rapport sur l'adoption*, La documentation française 2008.

<sup>154</sup> V. *supra* p. 40 de ce rapport.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

**Un second mécanisme viserait à assurer non pas une substitution mais une continuité parentale et permettrait à des enfants mineurs non adoptables, mais dont le retour en famille n'est pas/plus envisageable, d'être accueillis par une personne ou un couple pendant le temps de leur minorité.** Cet accueil, qui pourrait intervenir à la suite d'une déclaration judiciaire de délaissement parental<sup>156</sup>, opérerait un transfert de l'intégralité des pouvoirs parentaux (autorité parentale et administration légale) sans pour autant autoriser un changement d'état et de statut pour l'enfant. Selon les cas, nous pourrions imaginer que le TGI puisse dans sa décision autoriser le maintien de certains contacts de l'enfant avec ses parents. Une obligation d'entretien serait créée au bénéfice de l'enfant et les mécanismes de responsabilité du fait d'autrui seraient activés par l'acceptation de l'accueil pérenne et l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant selon un schéma assez classique<sup>157</sup>. Les effets de ce nouveau régime prendraient fin automatiquement à la majorité de l'enfant. Toutefois, la mise en place de ce régime d'accueil durant la minorité serait une preuve parfaite de l'existence d'un lien de nature filial, lequel permettrait de soutenir une demande d'adoption de l'enfant majeur<sup>158</sup>. Les candidats à l'accueil pérenne de l'enfant pourraient être soumis aux mêmes conditions d'agrément que les candidats à l'adoption. Ils ne seraient pas des agents des services de l'ASE et ne seraient pas soumis à d'autres obligations de suivi que celles mises en place au bénéfice des parents adoptifs et des enfants après l'accueil.

Ce régime d'accueil pérenne, qui met à l'œuvre un mécanisme d'affiliation de l'enfant mineur plus que d'adoption, est à créer de A à Z en droit français. Cependant, les études comparatives menées sur la *kafala* de droit musulman<sup>159</sup> pourraient être une source éclairante. Là encore le champ des possibilités est énorme, et si la réception de concept de droit étranger en droit français n'est pas une panacée, et si nous savons aussi que les résistances peuvent être nombreuses, la piste mérite que l'on s'y intéresse.

L'étude du rapport à l'enfant nous conduit à aborder un dernier point qui a occupé une part importante de nos travaux de recherche, celui de l'impact des formes de conjugalité dans le rapport à l'enfant tant en matière de parenté que de parentalité.

### **III. L'enfant à l'épreuve des conjugalités**

Nous avons eu à plusieurs reprises l'occasion de travailler sur les différentes formes de conjugalités et sur leurs cadres juridiques respectifs. Ces différents travaux nous ont permis d'aborder les questions relatives à la formation et aux effets des différentes formes d'unions, notamment dans le rapport du couple à l'enfant, et de préconiser l'arrêt du mouvement de

<sup>156</sup> Art. 381-2 du Code civil.

<sup>157</sup> L'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 1242 du Code civil, qui créerait un nouveau mécanisme de responsabilité civile applicable aux personnes qui exercent l'autorité parentale et habitent avec l'enfant, calqué sur le mécanisme de responsabilité des parents, serait une solution assez simple.

<sup>158</sup> V. *supra* pp. 42 et s. de ce rapport.

<sup>159</sup> V. entre autres N. Saadi : « L'institution de la Kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français », *RIDC* 1-2014, p. 99 ; Y. Ali Robleh, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, Thèse Grenoble 2014, pp. 205 et s. Document accessible en ligne <http://www.theses.fr/2014GREND003/document> [consultation le 01/12/2017]

convergence qui a pu être mis en évidence entre le pacs et le mariage (A). Ce travail sur les modes de conjugalités n'a pas pu être réalisé sans examiner de manière plus poussée les conditions et les effets de la rupture, avec une attention toute particulière portée à la place de l'enfant dans la séparation parentale (B).

## A. La consolidation de modes de conjugalités alternatifs

Dans le cadre des chroniques d'actualité en droit de la famille publiées à la *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, nous avons eu l'occasion de commenter les évolutions légales et jurisprudentielles relatives au mariage. L'arrêt de la cour d'appel de Douai du 17 novembre 2008 a notamment fait l'objet d'un commentaire où nous avons mis en évidence l'objectivisation des critères d'évaluation de l'erreur sur les qualités essentielles, par la référence de la cour à son incidence sur la vie matrimoniale<sup>160</sup>. Le nouveau dispositif de protection des victimes de violences conjugales a également été présenté<sup>161</sup>. Par ailleurs, au moment de la légalisation du mariage des couples de personnes de même sexe, nous avons présenté la réforme et son impact sur l'institution mais aussi sur l'adoption et le nom de famille<sup>162</sup>. Cet apport avait été précédé de plusieurs commentaires des décisions de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel ayant marqué l'évolution de cette question devant les juridictions<sup>163</sup>.

Après la reconnaissance progressive des effets juridiques tirés de la relation de concubinage<sup>164</sup> et la légalisation du Pacs en 1999<sup>165</sup>, la question de l'articulation des différents modes de conjugalité entre eux s'est posée. Pouvons-nous véritablement mettre en cohérence les trois modèles de conjugalité que connaît le droit français : le mariage, le pacs et le concubinage, ou s'agit-il uniquement de répondre aux aspirations de certains couples à des modes de conjugalités singuliers sans création d'une véritable logique d'ensemble ? Par ailleurs, avec la légalisation, dans un certain nombre d'États, du mariage des couples de personnes de même sexe, la question de l'avenir des partenariats enregistrés a pu se poser.

C'est dans ce contexte que nous avons été amenée à travailler de manière plus approfondie sur le pacs, dans le cadre d'une recherche comparative co-organisée par les universités de Cambridge

<sup>160</sup> V. F. Ferrand et L. Francoz Terminal : « Neueste Entwicklungen im französischen Familienrecht 2008-2009 », *FamRZ* 18/2009, 1539, **v. Annexe 14**.

<sup>161</sup> F. Ferrand et L. Francoz Terminal, « Actualité sur le droit de la famille en France 2010-2011 », « Aktuelles zum französischen Familienrecht 2010-2011 », *FamRZ* 18/2011, 1446-1450, **v. Annexe 14**.

<sup>162</sup> F. Ferrand et L. Francoz Terminal : « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et son impact sur le droit français de la famille », « Das Französische Gesetz Nr. 2013-2014 v. 17.5.2013 zur Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen und seine Auswirkungen auf das Familienrecht », *FamRZ* 18/2013, 1448-1453. V. également sur ce thème F. Ferrand et L. Francoz Terminal : « Actualité sur le droit de la famille en France 2013-2014 », « Aktuelles zum französischen Familienrecht 2013-2014 », *FamRZ* 18/2014, pp. 1506-1508. Pour ces références, **v. annexe 14**.

<sup>163</sup> V. notre chronique à la *FamRZ* 18/2007, 1499 ; *FamRZ* 18/2011, 1446-1450, **v. Annexe 14**.

<sup>164</sup> V. notamment F. Ferrand et L. Francoz Terminal : « Informal Relationships. National Report : France » et notamment Questions 17 à 19 et 34 à 67 du rapport. Rapport rédigé pour la Commission on European Family Law et disponible en ligne sur leur site <http://ceflonline.net/>, **v. Annexe 10**. Un ouvrage comparatif a ensuite été édité K. Boele-Woelki et al. (Eds), *European Family Law in action*. Volume V: Informal Relationships, Intersentia 2015.

<sup>165</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, relative au Pacte civil de solidarité.



et Durham<sup>166</sup>. Celle-ci questionnait la pertinence de la survie des partenariats enregistrés à la suite de la légalisation du mariage des couples de personnes de même sexe. En effet, il était possible de s'interroger sur l'existence d'un risque de double emploi dans l'arsenal juridique à disposition des couples. À la lumière des dispositions de droits étrangers qui régissent les partenariats enregistrés, et qui pour certaines lui font produire des effets totalement identiques au mariage, la pertinence des choix opérés par le législateur français en 1999 est apparue avec évidence. De même la cohérence rétrospective des modes alternatifs de conjugalités a suscité l'intérêt. Au-delà du travail sur le pacs en lui-même (l'historique de son adoption, son intégration dans notre société, son cadre juridique et ses effets) qui sera publié dans un ouvrage plus général sur ce mode de conjugalité<sup>167</sup>, notre communication au colloque a été publiée dans sa version traduite en français<sup>168</sup>.

Dans le cadre de ces travaux nous avons pu mettre en évidence que le pacs a été construit à l'origine comme une alternative au mariage, avec des conditions d'accès et un régime qui permettait clairement de le différencier. Au degré moindre d'engagement dans le pacs répondait corrélativement un cadre juridique un peu moins contraignant et un peu moins protecteur. Les évolutions législatives postérieures, de même que la jurisprudence ont progressivement rapproché le pacs du mariage, notamment là où la différence de traitement entre les couples n'apparaissait pas justifiée. Ce rapprochement s'est encore manifesté dans la réforme entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>169</sup>, ce qui a permis de rendre évident l'existence d'un nœud de droits et obligations personnelles qui semblent aujourd'hui inhérents à la relation conjugale : obligation de vie commune, secours mutuel, assistance morale et solidarité des dettes ménagères. La jurisprudence a pu parfois être tentée de dépasser ce cadre et de rapprocher encore ces deux formes d'union, notamment sur le terrain des obligations personnelles. Cependant, l'orientation sexuelle du couple dans ces affaires nous semble être une clef de lecture indispensable pour comprendre la portée de ces décisions. Les juges, en retenant par exemple l'existence d'une obligation d'exécution de bonne foi de l'obligation de vie commune, ont sans doute pris acte du fait que les partenaires de même sexe aient pu, faute de mieux, associer à leur contrat de pacs une promesse de fidélité toute spécifique au mariage. Nous ne pouvons pas imaginer l'application d'un tel raisonnement à des faits identiques si l'union avait été celle de personnes de sexes opposés<sup>170</sup>.

L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a rebattu les cartes en la matière et a permis de rendre plus clair les engagements pris au moment de l'union. Il n'est plus possible de voir aujourd'hui dans le pacs un mariage « au rabais », que l'on choisirait faute de mieux et auquel le couple associerait des aspirations propres au mariage. Les études sociologiques dont nous faisons état dans nos travaux<sup>171</sup> montrent très clairement que les couples pacés (de sexes opposés pour l'immense majorité d'entre eux) choisissent le pacs pour lui-même et pour l'alternative

<sup>166</sup> Participation au Colloque « The future of registered Partnerships » les 10 et 11 juillet 2015 à l'Université de Cambridge (Angleterre). Colloque co-organisé par les universités de Cambridge et Durham.

<sup>167</sup> L. Francoz Terminal : « Registered Partnership in France », Jens M. Scherpe et A. Hayward (Eds), *The future of registered Partnership, European Family law series*. Stämpfli-Intersentia, novembre 2017, v. **Annexe 8**.

<sup>168</sup> L. Francoz Terminal « L'avenir du pacs après la légalisation du mariage des couples de personnes de même sexe », *Gaz.Pal.* n° 15, 19 avril 2016, p. 48, v. **Annexe 9**.

<sup>169</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>170</sup> L. Francoz Terminal : « Registered Partnership in France », Jens M. Scherpe et A. Hayward (Eds), *The future of registered Partnership, European Family law series*. Stämpfli-Intersentia, novembre 2017, v. **Annexe 8**.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

au mariage qu'il représente. Cela ne signifie pas, pour autant, que le couple est totalement opposé à l'idée du mariage. Cependant, à l'instant où la décision de se pacser est prise, les droits et obligations spécifiques au mariage ne sont pas adaptés à ce que vit le couple ou ne sont pas souhaités.

Les obligations qui restent propres au mariage sont celles qui marquent un changement de statut des époux. Ce changement de statut est d'abord personnel, par la possibilité d'un changement d'état : nom, nationalité, et par l'acceptation de se soumettre à certaines obligations dans la relation<sup>172</sup>. Il se prolonge dans le lien d'alliance créé par cette union, lequel se matérialise dans les obligations alimentaires qui en découlent. Si l'obligation de fidélité ne peut pas être rattachée à l'idée d'un changement de statut, la cohérence d'ensemble est à rechercher dans les effets tirés de cette obligation en matière de filiation. Sauf à remettre en cause l'automatisme de l'établissement de la paternité dans le mariage, laquelle pourrait être cohérente mais s'inscrirait dans une logique de dilution des effets attachés aux différentes formes d'union que nous ne soutenons pas, l'établissement de ce lien à l'égard des enfants communs par l'effet d'une présomption n'est que la conséquence de l'existence de l'obligation mutuelle de fidélité entre époux<sup>173</sup>.

Ce changement de statut est également de nature patrimoniale. En effet, le couple par le mariage devient une entité qui dépasse ses membres, et celle-ci est régie par une logique de nature communautaire qui lui est spécifique. Tous les droits patrimoniaux tirés du mariage, lesquels se matérialisent paradoxalement au moment où celui-ci prend fin : droit à compensation patrimoniale des effets de la rupture, liquidation du régime matrimonial, droit à la pension de réversion, droit de succession, prennent leur source dans l'esprit communautaire du mariage, dont le régime matrimonial par défaut reste la manifestation la plus évidente. Nous avons vu que l'existence de ce statut particulier peut également justifier pleinement le privilège attaché au mariage dès lors que l'adoption d'enfants mineurs est envisagée par le couple<sup>174</sup>.

Poursuivre la convergence entre le pacs et le mariage au-delà du point atteint aujourd'hui, conduirait inéluctablement à une fusion de ces deux formes d'union et à la perte de toute spécificité. Quel serait alors le modèle retenu : celui d'un mariage moins engageant ou celui d'un pacs plus engageant ? Et surtout dans quel objectif : que gagnerait-on à uniformiser le statut matrimonial des couples ? La spécificité du système français qui permet la coexistence de trois formes d'union ouvertes à tous les couples quelle que soit leur orientation sexuelle, de la moins engageante : le concubinage<sup>175</sup>, à la plus engageante : le mariage, avec dans l'entre-deux le pacs nous semble bel et bien réaliser l'adéquation du cadre légal avec les aspirations des couples dont les attentes, en termes de conjugalités, sont loin d'être uniformes.

Nos travaux nous ont également permis d'aborder tout spécifiquement la question de la rupture conjugale, en faisant un focus sur les conséquences de cette rupture à l'égard des enfants du couple.

<sup>172</sup> Arts. 212 et s. du Code civil.

<sup>173</sup> L. Francoz Terminal : « Registered Partnership in France », Jens M. Scherpe et A. Hayward (Eds), *The future of registered Partnership, European Family law series*. Stämpfli-Intersentia, novembre 2017, v. **Annexe 8**. L. Francoz Terminal « L'avenir du pacs après la légalisation du mariage des couples de personnes de même sexe », *Gaz.Pal.* n° 15, 19 avril 2016, p. 48, v. **Annexe 9**.

<sup>174</sup> V. *supra* pp. 41 et s. de ce rapport.

<sup>175</sup> Pour une étude d'ensemble du concubinage en France v. F. Ferrand et L. Francoz Terminal : « Informal Relationships. National Report : France ». Rapport rédigé pour la Commission on European Family Law et disponible en ligne sur leur site <http://ceflonline.net/>, v. **Annexe 10**.

## B. L'enfant face à la séparation parentale

Une partie importante de nos activités de recherche postdoctorales a été consacrée au projet « La rupture du mariage en droit comparé » à destination du GIP justice. Ce travail a été mené dans le cadre d'une collaboration entre l'Institut de droit comparé Édouard Lambert et le Centre de droit de la famille. Ce fut un travail de longue haleine qui a commencé avec l'élaboration du questionnaire comparatif en 2012 et s'est achevé avec la publication en 2015 des résultats de la recherche<sup>176</sup>. Nous avons contribué à ce travail à double titre. Tout d'abord en tant que rapporteur pour la présentation du droit anglais sur la question<sup>177</sup>. Ensuite dans le cadre de l'élaboration du rapport comparatif où nous avons rédigé la partie relative aux cas de divorce<sup>178</sup> ainsi que celle relative aux conséquences du divorce à l'égard des enfants<sup>179</sup>.

La spécificité du système anglais tient à ce qu'il ne connaît qu'un seul fondement juridique au divorce : la rupture irrémédiable du lien matrimonial. Cependant l'examen des cinq motifs légaux sur le fondement desquels cette rupture irrémédiable peut être constatée nous permet de l'écartier des systèmes qui organisent un divorce pour cause objective.

La comparaison des différents systèmes étudiés dans le cadre de cette recherche nous a permis de mettre en évidence une organisation des options ouvertes aux époux pour divorcer, sans pouvoir créer une catégorisation stricte des systèmes. En effet, certains des systèmes étudiés offrent des options aux époux qui peuvent se rattacher à l'une ou l'autre des catégories mises en lumière. Trois catégories ont été créées : le divorce sur le fondement de causes multiples, le divorce pour cause unique : la rupture irrémédiable du lien conjugal, enfin le divorce sans cause, auquel le divorce pour cause objective est rattaché.

La mise en comparaison des effets du divorce à l'égard des enfants a fait apparaître, et c'était prévisible, des problématiques communes à l'ensemble des systèmes. Celles-ci ont pu être organisées en deux catégories d'effets très classiques. Tout d'abord, celle des conséquences extrapatrimoniales du divorce à l'égard des enfants, laquelle nous a permis d'aborder la question de l'exercice de l'autorité parentale après divorce et celle des modalités d'organisation des relations entre l'enfant et ses parents après la rupture<sup>180</sup>. Ensuite, celle des conséquences patrimoniales du divorce à l'égard des enfants, où la question des modalités d'exécution de l'obligation d'entretien de l'enfant s'est révélée cruciale. C'est d'ailleurs sur les questions relatives à la détermination de la

<sup>176</sup> F. Ferrand et H. Fulchiron (dirs), *La rupture du mariage en droit comparé*, Coll. Droit comparé et européen vol. 19, Société de législation comparée, octobre 2015.

<sup>177</sup> L. Francoz Terminal et J. Gracie : « La rupture du mariage en Angleterre et Pays de Galles » remis le 6 décembre 2012 à destination du GIP-Justice dans le cadre du projet de recherche codirigé par l'IDCEL et le Centre de droit de la famille : *La rupture du mariage en droit comparé*. Publication en novembre 2015 sur le site internet de l'IDCEL, pp. 144-192. V. <[http://idcel.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents\\_IDCEL/IDCEL-La\\_rupture\\_du\\_mariage\\_en\\_droit\\_compare\\_-\\_2015.pdf](http://idcel.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents_IDCEL/IDCEL-La_rupture_du_mariage_en_droit_compare_-_2015.pdf)>, v. **Annexe 11**.

<sup>178</sup> L. Francoz Terminal « Les cas de divorce », F. Ferrand et H. Fulchiron (dirs), *La rupture du mariage en droit comparé*, Coll. Droit comparé et européen vol. 19, Société de législation comparée, octobre 2015, pp. 55-69, v. **Annexe 12**.

<sup>179</sup> L. Francoz Terminal « Les conséquences du divorce à l'égard des enfants », F. Ferrand et H. Fulchiron (dirs), *La rupture du mariage en droit comparé*, Coll. Droit comparé et européen vol. 19, Société de législation comparée, octobre 2015, pp. 167-200., v. **Annexe 12** ; L. Francoz Terminal : « Les conséquences du divorce en droit comparé, *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 12, pp. 38-42, v. **Annexe 13**.

<sup>180</sup> L. Francoz Terminal « Les conséquences du divorce à l'égard des enfants », F. Ferrand et H. Fulchiron (dirs), *La rupture du mariage en droit comparé*, Coll. Droit comparé et européen vol. 19, Société de législation comparée, octobre 2015, pp. 167 et s., v. **Annexe 12**.

créance de l'enfant et aux modalités de recouvrement de cette créance que l'apport comparatif aura permis de mettre en lumière les solutions les plus innovantes<sup>181</sup>.

Les différentes pistes de réflexions proposées dans le cadre de ce travail rédigé en vue de l'habilitation à diriger des recherches, ne permettent pas toutes d'arriver à des propositions totalement abouties, et certaines n'auront sans doute pu naître que grâce à la rédaction de ce rapport. Le temps qui nous a été donné pour l'élaboration de ce travail a été précieux, et nous espérons avoir su l'utiliser de manière constructive. Nous avons conscience que le sujet qui vous a été proposé est vaste, et les problématiques sans doute inépuisables. Si le travail à accomplir pour arriver à construire un régime cohérent de minorité, qui prenne l'enfant et ses différentes interactions comme point d'ancrage, est encore importante, c'est avec enthousiasme que nous nous proposons de nous atteler à cette tâche.

Après toutes ces années où la recherche sur ces thématiques a été un fil rouge dans notre activité professionnelle, nous pourrions nous étonner que l'envie de nous en écarter ne se soit pas manifestée, et pourtant c'est ainsi. Si le travail de rédaction d'un manuel d'introduction au *common law* anglais, que nous avons entrepris à la demande d'un éditeur, n'a pas encore suffisamment avancé, il reste un projet que nous entendons réaliser à moyen terme. C'est sans doute vers cet objectif que nos activités de recherches vont s'orienter pour quelques temps. Cependant, nous l'avouons, c'est avec une pointe d'appréhension que nous ouvrons la parenthèse, peut-être par crainte de rester trop longtemps éloignée de ces thématiques qui nous portent depuis pratiquement vingt ans.

Cependant, l'étude du droit anglais est passionnante et nous avons un attachement profond et pas forcément rationnel à ce pays et à sa culture. Ce projet s'inscrit donc dans un autre axe important de nos activités, celui de faire le lien entre les cultures juridiques de droit civil et de *common law*.

---

<sup>181</sup> *Ibidem.*, pp. 193 et s, v. **Annexe 12**.

<b>TABLE DES MATIERES</b>
---------------------------

<b>RAPPORT EN VUE DE L’HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES .....</b>	<b>3</b>
I. L’ENFANT A L’EPREUVE DE LA SOCIETE .....	4
A. <i>L’enfant et la responsabilité civile</i> .....	5
B. <i>L’enfant et l’incapacité</i> .....	6
1. La collaboration de l’enfant à la décision parentale qui le concerne.....	7
a. La collaboration d’information .....	7
b. La collaboration de participation .....	7
α. Le consentement d’adhésion .....	8
β. Le consentement-autorisation .....	8
2. La collaboration parentale à l’acte réalisé par l’enfant .....	9
a. Le domaine de l’assistance.....	10
b. Le domaine de l’autorisation.....	10
C. <i>L’enfant et les procédures judiciaires</i> .....	12
1. L’enfant et les procédures civiles.....	12
2. L’enfant et les procédures pénales qui visent à sa sanction.....	18
II. L’ENFANT DE ... : PARENTE ET PARENTALITE .....	21
A. <i>La parentalité-fonction</i> .....	22
B. <i>La parenté-statut</i> .....	27
1. La filiation par procréation et le défi de la parenté d’intention.....	27
2. Repenser l’adoption autour des concepts de parenté et parentalité .....	32
a. L’accès des couples à l’adoption.....	33
b. Pour une remise en question des formes actuelles d’adoption .....	34
III. L’ENFANT A L’EPREUVE DES CONJUGALITES.....	38
A. <i>La consolidation de modes de conjugalités alternatifs</i> .....	39
B. <i>L’enfant face à la séparation parentale</i> .....	42
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>44</b>